





DISCURSO
SOBRE LAS PENAS

CONTRAHIDO
Á LAS LEYES CRIMINALES
DE ESPAÑA,
PARA FACILITAR SU REFORMA.

POR

DON MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE,
del Consejo de S. M. su Alcalde del Crimen y de Hijosdalgo de la Real Chancillería de Granada.

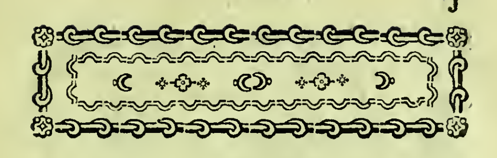
Valle





MADRID MDCCLXXXII.
POR DON JOACHIN IBARRA,
IMPRESOR DE CAMARA DE S. M.
CON LAS LICENCIAS NECESARIAS.

Non enim profecto ignoras legum opportunitates, & medelas pro temporum moribus, & pro rerum publicarum generibus, proque vitiorum, quibus medendum est fervoribus mutari atque flecti, neque uno statu consistere; quin ut facies coeli, & maris ita rerum atque fortunae tempestatibus varientur. Sext. Caecil. apud A. Gell. *Noct. Attic. XX.* 1.



TABLA

de lo que se contiene en este Discurso.



PRÓLOGO.

I. Nada interesa mas á una nacion, que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitucion y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar á su entera perfeccion la legislacion criminal.

II. Las pasiones siempre vivas de los hombres, y la malicia infinitamente variable, que encierra en sus profundos y tortuosos senos el corazon humano, producen naturalmente la perfidia, el dolo, las disensiones, la injusticia;

la violencia, la opresion, y todos los demas vicios y delitos, que al paso que perturban el sosiego y seguridad de los particulares, tienen en una continua agitacion y peligro á la república.

III. Contener, ó prevenir estos malos efectos: encadenar la fuerza y la violencia con lazos suaves, pero fuertes: sujetar las voluntades de los hombres sin perjudicar su justa libertad: conciliar el interes comun de la sociedad con los derechos particulares de los ciudadanos: combinarlos de suerte, que no se destruyan mutuamente con su oposicion: dirigir y manejar con destreza las pasiones de los hombres, haciéndolas servir tambien, si fuere necesario, al bien público, son los verdaderos objetos y el noble fin de toda legislacion criminal.

IV. Pero ¡quantos obstáculos y quantas dificultades no deben

ofrecerse á un legislador en la execucion de una empresa tan árdua como sublime! Para conseguirla es necesario un penoso y prolixo estudio de la filosofía, de la moral, de la política: un conocimiento exâcto de la justicia esencial y primitiva escrita en el Código de la naturaleza, fuente y orígen de toda legislacion: una ciencia cabal de las relaciones é intereses mutuos que debe haber entre la sociedad y sus individuos, y sobre todo un profundo estudio y conocimiento del corazon del hombre, el mayor enigma y mas difícil de descifrar que hay en toda la naturaleza.

V. A vista de esto no debe causar admiracion, que las leyes criminales de la mayor parte de los Estados de la Europa sean tan informes, y estén todavía tan distantes de su perfeccion: lo que se extrañará mucho ménos, si se advierte, que algunas de estas leyes han sido efec-

to de la casualidad, ó de urgencias momentaneas y pasageras, otras (y estas son las mas) han sido hechas en unos tiempos tenebrosos, en que por una grandé ignorancia, cuyos efectos necesarios son la ferocidad en las costumbres y la crueldad en los ánimos, se creia, que para contener los delitos, y refrenar las pasiones de los hombres, no podia haber otro medio que la fuerza, el rigor, la dureza, la severidad, el fuego y la espada. En unos tiempos, en que la venganza pronunciaba, y la cólera executaba los juicios.

VI. Esta ha sido la suerte fatal y necesaria de todas las legislaciones criminales de la Europa despues de las irrupciones de los Bárbaros, y esta tocó tambien por consiguiente, como era preciso, á la nuestra. Sin embargo, creo que con verdad puede decirse, que con todos sus defectos ninguna hay que

tenga ménos, y para convencerse de ello, basta leer con cuidado la Partida séptima y el libro octavo de la Recopilacion, cotejándo sus leyes con las penales de otras naciones [1].

[1] ,,Nuestras leyes penales, dice un sabio ,,Magistrado Frances, son propiamente hablando, una legislacion, que mas bien necesita hacerse enteramente de nuevo, que ,,reformarse. El desórden en esta parte tan ,,importante es tal, que no se sabe adonde se han de buscar estas leyes.... Apénas ,,se puede creer, que una nacion culta despues de tanto tiempo tenga un Código penal tan informe: y si ademas de esta confusion se exâminan con cuidado sus disposiciones, no causará ménos sorpresa ver tan ,,poca relacion y proporcion entre los delitos y las penas. Todo parece obra de la casualidad y de la ventura. Por todas partes ,,domina un rigor muy grande, y algunas veces es tan excesivo, que la ley solo pasa ,,por conminatoria, dexando de producir sus ,,efectos por su exceso, y el juez hace un ,,acto de justicia en modificarla, ó en dexarla ,,enteramente sin execucion." Mr. Letrosne, *Reflexions sur la reforme de la legislation criminelle*, *pag.* 127.

,,Es preciso confesarlo (dice otro Magistrado tambien Frances). ,,Nuestras leyes criminales están muy distantes de la perfeccion.

VII. Pero despues que el estudio de la filosofía, de la moral, de la política, de las letras humanas, y de las ciencias naturales, habiendo ilustrado mas los enten-

,, En vez de formar por una graduacion bien
,, seguida de penas y delitos dos cadenas, cu-
,, yas partes todas se correspondan mutua-
,, mente, para abrazar toda la sociedad polí-
,, tica, están desparramadas sin union, sin
,, conexîon ninguna, y dexan entre sí unos
,, grandes vacíos, en donde puede extraviarse
,, fácilmente un Magistrado. En efecto nues-
,, tras leyes no han distinguido, ni las penas,
,, ni los delitos: no han hecho separacion nin-
,, guna de estos por su género, por su es-
,, pecie, por su objeto, por sus grados. ¡Que
,, diferentes son sin embargo segun la diver-
,, sidad de sus objetos! Los unos atacan mas
,, derechamente á los particulares, los otros
,, al público: unos al Soberano, otros al mis-
,, mo Dios. ¡Que diversos segun la variedad
,, de los grados! ¡Quantos de estos hay que
,, notar, y quantos delitos que distinguir des-
,, de la irreverencia hasta el sacrilegio, desde
,, la murmuracion hasta la sedicion, desde la
,, amenaza hasta el homicidio, desde la ma-
,, ledicencia hasta la difamacion, desde la ra-
,, tería hasta la invasion!... ¡Cosa extraña! Te-
,, nemos nomenclaturas muy completas de los
,, animales y de las plantas, y no la tenemos

dimientos, suavizó tambien, y moderó las costumbres: despues que dió á conocer todo el precio de la vida y de la libertad del hombre, y se substituyó esta á la esclavitud, igualmente que la humanidad y la dulzura á la severidad y al rigor, no podia ocultarse ya la indispensable necesidad de reformar las leyes criminales, de mitigar su severidad, de establecer penas proporcionadas á la naturaleza de los delitos, á la mayor sensibilidad de los hombres, y al diverso carácter, usos y costumbres

,, de nuestras acciones morales. Nuestra na-
,, cion hace muchos siglos que exîste, y hasta
,, ayer no hemos pensado en la moral. De los
,, extremos de la carrera de las ciencias vol-
,, vemos al cabo hácia nosotros mismos, á la
,, manera de un viagero, que habiendo visto
,, todo lo que hay fuera de su patria, es ciu-
,, dadano del mundo y extrangero en su pro-
,, pia casa." Mr. Servant, *Discours sur la justice criminelle*, *pag.*87.

La verdad de estos discursos la ha hecho ver prácticamente Mr. Muyart de Vouglans con su coleccion de las leyes criminales de

que habian adquirido las naciones.

VIII. Este conocimiento ha producido una fermentacion general en la Europa , y hemos visto á los Príncipes , á los Cuerpos , y á los particulares dedicarse con todo empeño, y como á porfía á erigir por todas partes monumentos ilustres á la humanidad, que harán eterna su memoria. En Rusia , en Alemania, en Prusia , en Suecia , en Polonia, en Toscana ha habido una feliz revolucion en los Cuerpos de las leyes : se han reemplazado muchas antiguas con otras nuevas acomoda-

Francia, publicada en un tomo en folio el año de 1780 con el título de : *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel.* Es preciso confesar sin embargo , que el trabajo de este Magistrado es digno de toda alabanza, porque habiéndose de juzgar , como es preciso , por las leyes , buenas ó malas tal qual están , miéntras no sean reformadas por la potestad legítima , ha hecho un grande beneficio á los jueces y letrados , en darles juntas en un vólumen las leyes, que tendrian que buscar dispersas en muchos.

das á las actuales circunstancias, y se han substituido en algunos de estos Estados á voluminosas compilaciones ordenanzas sencillas, claras y en poco número.

IX. Las Academias y Sociedades proponen asuntos dirigidos al mismo fin, y ofrecen premios á los que con mas acierto los desempeñaren. Muchos particulares, empleando dignamente y con verdadera utilidad su instruccion y talentos, han consagrado tambien sus vigilias y tareas al bien de la humanidad y á la felicidad de los pueblos, y han ilustrado con sus escritos esta tan importante como noble parte de la legislacion, tratando materias concernientes á ella, que sin embargo de su importancia y necesidad estaban, ó muy descuidadas, ó enteramente abandonadas.

X. La lectura de varias de estas obras, que han llegado á mis manos, y el estudio que he tenido que hacer

en nuestras leyes criminales, para formar extractos de todas ellas, mandados executar de órden superior, con el fin de reformarlas, me suscitáron el pensamiento de escribir el presente Discurso, en el qual aprovechándome de las luces, que he adquirido en las expresadas obras y en las mismas leyes, he procurado exponer metódicamente aquellos principios y máxîmas generales, que pudiendo servir para la reforma, sean al mismo tiempo adaptables á nuestras costumbres y á la constitucion de nuestro Gobierno.

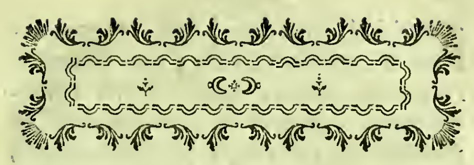
XI. Seria superfluo y enteramente inútil mi trabajo, si no hubiera procurado aplicar, como lo he executado, en quanto me ha sido posible, estas máxîmas y principios á nuestras leyes penales, ya indicando las que me parece, que deben reformarse, ya apoyando los principios y máxîmas propuestas con la autoridad de las

mismas leyes, con el fin en esto segundo, de hacer ver en algun modo la verdad de lo que he dicho ántes, que entre todas las legislaciones criminales de la Europa, que no se han reformado en estos tiempos, ninguna hay ménos defectuosa que la nuestra. Y no seria difícil hacer ver tambien, si fuera necesario, que algunas máxîmas que se establecen y adoptan hoy como útiles y nuevas, se hallan autorizadas y consagradas de tiempo inmemorial en nuestras leyes patrias.

XII. Conozco la cortedad de mis talentos y toda la dificultad del asunto que he emprendido. Estoy muy distante de creer, que he acertado á tratarle con la dignidad y perfeccion que merece. Sé tambien, que no faltan en la nacion Magistrados sabios, Profesores y Letrados instruidos, capaces por su erudicion y talento, no solo de corregir los yerros y defectos en que yo habré

incurrido, y de suplir todo lo que falta á este Discurso, que sujeto gustosamente á su censura; sino tambien de hacer efectiva con las luces que puede ministrarles su experiencia, su prudencia y sabiduría, una reforma de nuestras leyes completa y digna del siglo en que vivimos.

XIII. Si yo lograra excitar su emulacion, su diligencia y su zelo por el bien público, y convertirle hácia esta parte, en que tanto interesa la humanidad, habria conseguido uno de los fines que me he propuesto en la publicacion de este Discurso, y tambien el fruto de mi trabajo, con el qual solo aspiro á manifestar prácticamente mis eficaces deseos de contribuir en quanto me sea posible, á la conclusion de una obra, de que tanta utilidad debe seguirse á la patria, y me creeria bastante feliz, si hubiese acertado á ministrar algunos materiales para este grande edificio.



DISCURSO SOBRE LAS PENAS.

INTRODUCCION.

. . . . *absistere bello,*
Oppida coeperunt munire, et ponere leges,
Ne quis fur esset, neu latro, neu quis adulter.
Horat. 1. satyr. 3. v. 99.

1 I el hombre, que nació para vivir en sociedad, fuera siempre fiel en cumplir con las obligaciones que le impone la naturaleza y la misma sociedad, para hacerle feliz, no seria necesaria una

autoridad superior, que le compeliese á aquello mismo, que voluntariamente debiera hacer. Pero agitado violentamente de sus pasiones, y poseido de un ciego y desordenado amor de sí mismo, está haciendo siempre continuos esfuerzos, para traspasar los justos límites que le ha puesto la equidad, la justicia y la razon. Y este es el verdadero orígen de las Potestades Supremas, sin las quales, ni la sociedad podria subsistir, ni gozar en ella el hombre de su verdadera libertad, la qual precisamente consiste en una perfecta obediencia y entera sujecion á las leyes dictadas con equidad y con justicia.

2 De aquí es, que la potestad legislativa se ha mirado siempre como el mas noble é inseparable atributo de la Soberanía. Pero como á los Reyes y Príncipes, segun se explica el sabio Rey D. Alonso [1], les confió Dios el Señorío sobre los pue-

[1] *L.6. tit.25. Part.7.*

blos, *porque la justicia fuese guardada por ellos*, esto es, para que con su proteccion y gobierno los hagan felices, y los conserven en quietud y seguridad, deben siempre dirigir todo su conato y desvelos á este importante y saludable fin, y para conseguirle es necesario, que las leyes con que han de ser gobernados los pueblos se acomoden á la república, y no la república á las leyes.

3 Esta máxîma cierta y constante, hablando de la legislacion en general, lo es mucho mas, si se contrae á las leyes criminales, de cuya bondad depende inmediata y principalmente la seguridad de los ciudadanos, y por consiguiente su libertad. Por eso un sabio y prudente legislador en el establecimiento de las expresadas leyes debe tener siempre presente la religion, el carácter, las costumbres y el genio de la nacion que gobierna. Hasta la situacion y clima del pais deben tener influencia en las leyes penales respecto de ciertos delitos: no tanta á la verdad

como algunos autores han querido darle; pero ni tan poca ó ninguna, como pretenden otros, pues no se puede dudar, que el clima influye en la organizacion física, y por consiguiente en la moral de los hombres, siendo esta la razon por que en unos paises suele abundar mas que en otros cierto género de delitos.

4 Una nacion bárbara, feroz é ignorante pide diversas leyes, diversas penas y castigos, que una nacion culta, ilustrada, y de costumbres moderadas y suaves. Las leyes Regias hechas en la fundacion de Roma, como que se hacian para unos hombres fugitivos, para esclavos y foragidos, de que se compuso aquella famosa ciudad en sus principios, eran muy severas, como convenia á la constitucion y carácter de la sociedad en que se establecian. Pero despues, que con la expulsion de los Reyes, y últimamente con la de los Decenviros fué arrojada tambien la tiranía, á que estos aspiraban: despues que el espíritu repu-

blicano introduxo mas ilustracion y mejores costumbres en Roma, sus leyes fuéron mas moderadas. Las penas de sangre y fuego, que para afirmar su sistema de dominacion trasladáron los Decenviros de las leyes Regias á las de las doce tablas, aunque no fuéron derogadas expresamente, quedáron del todo inutilizadas por la ley Porcia, y no hubo jamas pueblo alguno, como dice Tito Livio [1], que amase mas la moderacion en las penas.

5 Fuéronse introduciendo despues con el tiempo en el gobierno de Roma y en su disciplina militar varios abusos y relaxaciones, que infaliblemente debian causar algun dia la ruina del Imperio. Pero esta se anticipó con las violentas irrupciones de las diversas naciones del norte, que á manera de un torrente impetuoso, que destruye quanto encuentra, inundáron en sangre humana toda la Europa, dexando im-

[1] *Lib.* 1. *cap.* 28.

presas por todas partes las funestas señales de su bárbara ferocidad. Destrozáron el vasto y poderoso Imperio de Roma, y aboliéron con su nombre su dominacion.

6 Despues de una catástrofe tan horrorosa como sangrienta, la Europa mudó enteramente de semblante, y quedó sumergida en la mas profunda ignorancia. Apénas habian quedado ya algunos confusos vestigios, que despues se extinguiéron totalmente, de la política, de la jurisprudencia, de las artes y ciencias de los Romanos. Todo era ya nuevo, todo diverso: nuevas formas de gobierno, nuevas costumbres, nuevos usos, nuevas lenguas, nuevos nombres de hombres y de paises, nuevas divisiones de tierras, y lo que á todo esto era consiguiente, nuevas leyes tambien.

7 La nueva division de tierras produxo el gobierno feudal desconocido hasta entónces, el qual por su naturaleza misma, y en su constitucion, aun la mas perfecta, contiene ciertos principios de disolucion,

de independencia y de anarquía, los quales, manifestándose con el tiempo, produxéron innumerables desórdenes y disensiones: de suerte que un reyno considerable por su extension y por su poder, estaba dividido y como desmembrado en tantas dominaciones particulares, quantos eran los Barones poderosos que le componian.

8 Estos suscitaban continuas quejas y disturbios, aspirando siempre á la absoluta independencia del Soberano, de quien arrancaban por fuerza exôrbitantes privilegios, que al paso que aumentaban la autoridad y poder de los Señores particulares, debilitaban notablemente el de la Corona, y la imposibilitaban para poderse oponer á semejantes usurpaciones, con las quales se afirmó y consolidó un sistema de gobierno absurdo y funesto, que la violencia habia establecido.

9 En una independencia y anarquía feudal semejante, en donde no habia un interes comun que uniese

á los miembros principales con la cabeza : en donde por el contrario eran tantas las causas de discordia y division, se levantaban por todas partes y con leves motivos, quejas, zelos y desavenencias, que turbaban la tranquilidad pública, y causaban innumerables males al Estado.

10 Los Barones, llenos de orgullo y fiereza, tenian por indecoroso á su gerarquía, tomar satisfaccion de las injurias personales, y vindicar sus demas derechos de otro modo que con su espada, y se arrogáron con igual violencia que injusticia el bárbaro derecho de hacerse la guerra unos á otros por su propia autoridad, y le sostuviéron siempre con obstinacion, porque le miraban como el mayor privilegio de su clase, y la mas notable señal de su independencia.

11 Veíanse por todas partes fortalezas y castillos, construidos, no tanto para resistir á los enemigos exteriores de la patria, quanto para defender á los habitantes de las hos-

tilidades domésticas, que naciendo unas de otras, se multiplicaban prodigiosamente, y tenian el Estado hecho un teatro sangriento de guerras intestinas, que encendidas por resentimientos particulares, se sostenian con todo el furor y animosidad, que es natural á unos hombres de costumbres feroces, que no conocen mas ley que la fuerza, ni mas razon que su capricho.

12 Una gran parte de las gentes del pueblo estaban reducidas á la dura y miserable condicion de esclavos, y las restantes eran tratadas como si efectivamente lo fuesen. Los nobles, que para conservar sus usurpaciones hechas á la Corona, necesitaban recurrir continuamente á la fuerza, miraban con desden todo exercicio, que no era el de las armas: no conocian mas artes que el militar, ni cultivaban otras ciencias que la de la guerra. Los Soberanos despojados casi enteramente de sus prerogativas y derechos legítimos, no tenian toda la autoridad y po-

der necesario, para oponerse á las usurpaciones de los poderosos, para mantener el órden público y para sostener el curso regular de la justicia.

13 Todo contribuia á perpetuar la ignorancia, y por consiguiente la ferocidad en las costumbres: todo conspiraba á obstinar los ánimos, á hacer á los hombres duros, feroces y vengativos, y á que mirasen las acciones mas crueles y bárbaras con una indiferencia enteramente agena de la humanidad.

14 Tal era el estado de España y de toda la Europa, quando se estableciéron la mayor parte de nuestras leyes penales: así que no debe causar admiracion, que en ellas se encuentren tantas penas capitales, tantas mutilaciones de miembros, tantos tormentos, tanto rigor y severidad, que mas parece que se escribiéron con sangre y con la espada, que con tinta y con la pluma. Pero así lo pedian las circunstancias del tiempo, el carácter y costumbres de los pueblos.

15 Las penas suaves y moderadas ¿que impresion podrian hacer en unos ánimos, ó envilecidos con la esclavitud, ó llenos de ferocidad y elacion con la excesiva libertad é independencia? Unos hombres endurecidos con el continuo exercicio de las armas, acostumbrados á ver con indiferencia derramar la sangre de sus conciudadanos, á vengar con crueles y sangrientas guerras sus injurias personales, ¿cómo podrian ser contenidos con unas leyes que no respirasen igualmente horror, sangre y fuego por todas partes?

16 La suavidad y dulzura en tales circunstancias sería tan inútil y perniciosa, como el demasiado rigor y severidad en una nacion culta y civilizada, porque las penas deben proporcionarse al estado de los pueblos y á la sensibilidad de los hombres, la qual se aumenta con la ilustracion de los entendimientos, y á proporcion que se aumenta la sensibilidad, se debe disminuir el rigor de la pena, cuyo fin es solo corregir

con utilidad, y no atormentar á los delinqüentes.

17 De todo lo dicho resulta, que las leyes penales que estableciéron nuestros mayores, aunque muy rígidas y severas, no merecen propiamente hablando, la nota de crueles, porque las circunstancias del tiempo pedian toda su severidad, y eran proporcionadas al carácter de dureza y ferocidad, propio entónces á todas las naciones de Europa. Pero esto mismo hace ver manifiestamente, que el estado actual de la nacion, sus diversas costumbres, genio y carácter están clamando por la reforma de las expresadas leyes.

18 Los estragos y calamidades que causaba la division y anarquía, habian llegado á lo sumo del mal. En este estado, segun el curso natural de las cosas humanas, ó debia perecer la sociedad, ó empezar á hacer progresos hácia su bien. Por felicidad del Género humano sucedió esto segundo, y fuéron muchas las causas, que concurriéron, aunque suc-

cesivamente y con grande lentitud á esta feliz transformacion.

19. A medida que los Soberanos, ya abiertamente, ya por medios indirectos y políticos iban recobrándo poco á poco sus antiguas prerogativas y legítimos derechos, se aumentaba insensiblemente su poder, y se disminuia á proporcion la exôrbitante autoridad de los nobles. Estos por el contrario, ya haciendo vivas representaciones, ya resistiendo á fuerza abierta, procuraban sostener su independencia y sus mas enormes privilegios, entre los quales uno de los mas peligrosos á la sociedad, y que mas obstáculo ponia á la potestad Real, era el derecho que se habian arrogado de hacerse la guerra privadamente, y terminar sus diferencias con la espada: por cuyo motivo los Soberanos, valiéndose de todos los medios posibles, al cabo de muchos esfuerzos y de muchísimo tiempo lográron extinguir esta práctica perniciosa y funesta á la humanidad.

20 No lo era ménos el extravagante y absurdo modo de proceder por el combate judicial, que hacia depender de la fuerza ó de la ventura la honra y la vida de los hombres. Extinguido este abuso igualmente, y desterradas tambien las pruebas de agua y fuego, que habia introducido la ignorancia y fortalecido la supersticion, tomó la administracion de la justicia una forma mas regular: los Tribunales y Magistrados fuéron mas respetados, sus decisiones eran arregladas á leyes fixas y conocidas, y se substituyéron en los juicios las pruebas justas y legales á las bárbaras y supersticiosas.

21 Destruidas estas principales causas, que fomentaban la dureza y ferocidad en las costumbres, volvió la razon á exercer su imperio sobre los hombres, y todos los adelantamientos, que hacia en la sociedad, eran otros tantos pasos que esta daba para llegar á la humanidad, civilizacion y cultura, que es el principal distintivo de nuestro siglo, y

que dará en los venideros abundante materia para sus mayores elogios.

22 En medio de tanta luz no podian desconocer ya los hombres sus verdaderos intereses : y haciendo siempre entre ellos continuos progresos la ilustracion junta con la humanidad , llegáron á conocer , que las penas de sangre y fuego , necesarias en otro tiempo para contener, ó para castigar los delitos , no eran ya ni convenientes ni proporcionadas al nuevo carácter y diversas costumbres , que habia adquirido la nacion.

23 Por esto muchísimas de nuestras antiguas leyes penales fuéron perdiendo insensiblemente su vigor, hasta haber llegado á quedar enteramente antiquadas y sin uso alguno : señal cierta de la transformacion que habia experimentado la sociedad. Pero como á las penas antiguas no se substituyesen otras nuevas por la pública autoridad , debia resultar precisamente , ó una entera impunidad de los delitos , ó una in-

constancia y voluntariedad en su castigo : males entrámbos capaces de causar muchos y muy graves perjuicios á la república.

24 Un daño tan notable no podia ocultarse á la sabia penetracion del ilustrado y benéfico Monarca, que felizmente nos gobierna. Este Príncipe piadoso , padre verdaderamente de la patria , cuyos desvelos paternales se extienden hasta los mas remotos lugares de su dilatado Imperio, no podia dexar de ocurrir con sus saludables providencias á tan grande mal : y queriendo dexar á la posteridad este nuevo monumento del zelo infatigable, con que por todos modos procura incesantemente el mayor bien y felicidad de sus vasallos , despues de haber tomado varias y acertadas providencias para impedir la abominable desercion que hacian á los Moros [1] muchísimos de los desterrados á los presidios de Africa , abandonando torpemente su

[1] *L.*13. *tit.*24. *lib.*8. *Recop.*

patria y su religion, encargó al Tribunal Supremo [1], á quien tiene fiada la administracion de justicia, y el gobierno de sus pueblos, que tratase y consultase sobre los medios de hacer una reforma en la jurisprudencia criminal.

25 Este sabio y respetable Senado conoció desde luego, con su acostumbrada penetracion y discernimiento, que para hacer una reforma, qual convenia á las benéficas intenciones del Soberano, y que no fuese voluntaria y caprichosa, era indispensable tener á la vista todas las penas que en diversos tiempos se han impuesto á los delitos, y las alteraciones que ha padecido este importante ramo de la legislacion. Con este fin se dignó de mandarme, que formase un extracto puntual y circunstanciado de todas las leyes penales que se han publicado en los principales Cuerpos de nuestro De-

[1] Real resolucion á consulta del Consejo de 25 de Septiembre de 1770.

recho desde la dominacion de los Godos hasta el tiempo presente.

26 Procuré desempeñar este apreciable encargo con toda la puntualidad y exâctitud, que me fué posible: y habiendo merecido mi trabajo la aprobacion de tan sabio Tribunal, alentado con su benignidad, me resolví á hacer algunas reflexîones sobre el asunto en el presente Discurso, que dividiré en cinco capítulos. Trataré en el primero de la naturaleza de las penas, de su orígen, y de la facultad de establecerlas y regularlas, que reside en las Supremas Potestades: en el segundo de las qualidades y circunstancias que deben concurrir en ellas para ser útiles y convenientes: en el tercero de su objeto y fines: en el quarto de su verdadera medida y de la de los delitos. Finalmente en el quinto trataré de los diversos géneros que hay de penas, y de quales de ellas puede usarse ó no con utilidad de la república.

CAPITULO I.

De la naturaleza de las penas, de su orígen, y de la facultad de establecerlas y regularlas.

1 Entre las diversas etimologías que se dan á la palabra *pena*, la mas cierta, ó á lo ménos la mas probable es, que trae su orígen del nombre griego ποινὴ, ó segun el dialecto dórico ποινὰ, del qual se formó el latino *poena*, que pasó á nosotros sin mas alteracion, que la de haber perdido la *o* del diptongo: así como del verbo griego ποινὰω se formó el latino punio, y de su infinitivo *punire* el verbo castellano *punir*, aunque ya no está en uso.

2 A esta etimología es muy conforme la definicion ó descripcion que algunos autores [1] hacen de la pena,

[1] Grot. *de I. B. & P. lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 1. Puffendorff *de I. N. & G. lib.*8. *cap.* 3. §. 4.

la qual no es otra cosa, que *el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, ó por culpa.* Es pues de naturaleza de la pena, segun esta definicion, que haya de imponerse por una potestad superior, porque es la execucion de una sentencia judicial, y por consiguiente no hay pena sin ley, no hay ley sin legislador, ni legislador sin superioridad. Asimismo es necesario, que sea contra la voluntad del que la padece, porque sin esta circunstancia dexaria de ser pena. *No es pena la que se padece voluntariamente*, dice Quintiliano [1]. De todo lo qual se infiere, que no deben contarse en el número de las penas, ni la venganza que privadamente toma uno de otro por algun daño que le haya hecho, ni las mortificaciones y penitencias voluntarias, ni las incomodidades y males que resultan de ciertos vicios y delitos, ni las calamidades que sue-

[1] *Nulla poena est nisi invito.* Declam.XI.

len acontecer natural ó indirectamente á los hombres.

3 Tambien es de naturaleza de la pena, segun la definicion, que haya de imponerse al mismo que causó el mal, ya en su cuerpo, ya en su estimacion, ya en sus bienes: y por consiguiente á ninguno puede imponerse pena por delito que otro haya cometido, por enorme que sea. Igualmente es de naturaleza de la pena, que para incurrir en ella, se cause algun daño ó perjuicio, y que este daño se haga voluntariamente y con malicia ó por culpa, porque faltando estos requisitos, no hay moralidad en las acciones humanas, y por consiguiente tampoco hay imputabilidad. De lo dicho se infiere, que nunca puede imponerse pena á los actos puramente internos, ni á las acciones externas, que ó son positivamente buenas, ó verdaderamente indiferentes, ó se executáron sin deliberacion alguna. De la aplicacion de todos estos principios, y de las conseqüencias que de ellos se deducen, se tra-

tará con distincion en el progreso de este Discurso en sus lugares correspondientes.

4 Establecida la naturaleza de las penas, exâminemos su orígen, y el de la facultad de establecerlas y regularlas. El Baron de Puffendorff [1], y Heineccio prueban contra Grocio [2], que en el estado natural no puede haber penas propiamente hablando, porque estas suponen, como hemos dicho, superioridad, lo que no puede verificarse en el estado natural, por ser en él todos iguales: y aunque cada uno puede en este estado rechazar la fuerza con la fuerza, y perseguir á su enemigo hasta ponerle en disposicion de que no le pueda dañar, quitándole tambien la vida, si para ello fuere necesario, esta no es pena, sino una defensa, ó venganza tomada por derecho de la guerra, así como, aun despues de

[1] Puffend. *de I. N. & G. lib.* 8. *c.* 3. §. 2. *y* 7. Heinec. *de I. N. & G. lib.* 2. *cap.* 8. §. 159.

[2] Grot. *de I. B. & P. lib.* 2. *c.*20. §.3.

establecidas las sociedades, en que no es lícito á ninguno tomar la venganza por su mano, los Príncipes independientes, que no reconocen superior, vengan mutuamente sus injurias, y las que se hacen á sus vasallos por los que no son súbditos suyos con la fuerza y con las armas por derecho de la guerra, ya ofensiva, ya defensiva, sin que los males que esta causa, sean, ni puedan llamarse penas. Es pues necesario buscar el orígen de estas despues del estado natural en el establecimiento de las sociedades.

5 Con efecto, quando los hombres por evitar las incomodidades y males que necesariamente trae consigo la vida solitaria, se uniéron en sociedad, es evidente, que para que esta pudiera conservarse, todos y cada uno de ellos renunciáron voluntariamente una parte de su libertad, depositándola en manos de la comunidad, ó de la cabeza que eligiéron, para poder gozar con mas seguridad de la otra parte que se re-

servaban. Debiéron por consiguiente estipular en este acto, á lo ménos tácitamente, por ser un medio esencialmente necesario para conseguir el fin que se proponian, y muy conveniente á las necesidades de los hombres, que todo atentado contra el bien comun y de los particulares fuese castigado por la pública autoridad, porque las penas son las áncoras de la república, como elegantemente dice Demóstenes.

6 Este es pues el fundamento y primer orígen de las penas. Pero la facultad de establecerlas y regularlas, que reside en las Supremas Potestades como un derecho inmanente de la Magestad esencialmente necesario para el gobierno y conservacion de la república, dimana del mismo Dios, supuesta la formacion de las sociedades, y supuesta la convencion de los hombres, que cediéron los derechos que les concedia el estado natural, depositándolos en la Potestad pública para poder gozar de ellos con mas seguridad.

7 Las prerogativas con que el Criador distinguió al hombre entre todos los demas vivientes y animales, y las necesidades á que al mismo tiempo le dexó sujeto, manifiestan con evidencia, que le crió para que viviese en sociedad. La facultad de discurrir, de formar ideas y conceptos, y de comunicarlos exteriormente por medio del inestimable don del habla, ¿de que utilidad, y á que fin podria servir, si los hombres hubiesen de hacer una vida errante y solitaria sin comunicarse, ni auxîliarse mútuamente en sus necesidades?

8 Débese pues considerar la sociedad, no como una cosa casual, é indiferente al hombre, sino como necesaria y conforme á su naturaleza y constitucion, é inspirada por el mismo Criador. Y como esta sociedad no pueda subsistir sin alguna potestad y autoridad, es necesario que Dios, cuyas obras no pueden ser imperfectas, y que es el dueño absoluto de nuestras vidas y de nuestros bie-

nes, haya comunicado una parte de su poder á los que son establecidos en las sociedades para regirlas, pues si no hubiera quien con legítima autoridad gobernara las repúblicas, harian los hombres una vida mas salvage que las mismas fieras, y pereceria en breve la sociedad.

9 Esta verdad dictada por la luz de la razon natural la confirma expresamente el oráculo infalible de la revelacion. *Oid vosotros los que gobernais los pueblos*, dice el autor del libro de la Sabiduría [1]. *Advertid, que el poder que teneis, le habeis recibido del Señor, y la dominacion del Altísimo, el qual exâminará vuestras obras, y escudriñará vuestros pensamientos, porque siendo Ministros de su reyno, no habeis juzgado con rectitud. No hay Potestad*, dice el Apóstol S. Pablo [2], *que no venga de Dios, y así todas las que hay, son ordenadas por Dios: por tanto, el que resiste á la Potestad, resiste á las*

[1] *Sapient. VI. 3.*
[2] *Epist. ad Rom. XIII. 1.*

órdenes de Dios, y los que resisten, se procuran por sí mismos su condenacion. De esta doctrina infiere el Apóstol, que los Príncipes son Ministros de Dios: *y por eso es necesario*, dice, *estar sujetos y obedientes á ellos, no solo por la ira* (esto es por el temor y por la fuerza) *sino tambien por la conciencia* [1].

10 El Apóstol S. Pedro [2] manda á los siervos, que obedezcan y sirvan á sus señores, no solo á los que son buenos y moderados, sino tambien á los díscolos, aunque los traten con dureza y con rigor. Y si esto deben hacer los siervos con sus señores, ¿con quanta mas razon deberán executarlo los súbditos con las Supremas Potestades? Así lo creian, y así lo practicáron constantemente los christianos de los primeros siglos, los quales oprimidos por los Empe-

[1] *Dei enim minister est, vindex in iram ei qui malum agit. Ideo subditi stote, non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam. Ad Rom.XIII.* 4.

[2] *Epist.*1. *II.* 18.

radores Romanos, enemigos declarados de la religion christiana, maltratados, atormentados y cruelmente perseguidos, sin embargo de que no les faltaban fuerzas [1] y po-

[1] " Con tan inhumanos tratamientos, exclama Tertuliano, reconviniendo á los Gentiles, decid ¿si se descompuso jamas en algun christiano la paciencia? Decid ¿si conspiró á la venganza alguno? Decid ¿si condenásteis á nadie, destos animados á morir, por venganzas intentadas del agravio? *Y no se piense, que el no desagraviarnos es por falta de armas, ó valor*: que si nos faltaran fuerzas, no faltaran unas rajuelas de tea para tomar larga venganza en una noche abrasando la ciudad, quando fuera lícito al christiano pagar un agravio con otro. Pero vaya léjos de nosotros tal error, que la religion divina se vengue con fuego humano, y que el christiano resista al tormento que lo prueba. Si quisiéramos vengarnos, no como ocultos, sino como declarados enemigos, ¿*faltaríannos por ventura fuerzas de numerosos soldados y de exércitos*? ¿Son mas los Mauros, los Marcomanos, los Partos que debeló Severo, que los christianos de todo el mundo? Estos bárbaros numerosos son; pero están encerrados en los límites de un reyno: los christianos habitan provincias

der bastante para resistir la persecucion, nunca opusiéron otra defensa que la paciencia y el sufrimiento, y léjos de valerse de la fuerza y de excitar sediciones y alborotos contra los Emperadores, pedian á Dios constantemente por su salud, y por la prosperidad del Imperio, y contribuian al mismo tiempo á sus victorias, haciendo prodigios de esfuerzo y de valor, siempre que se trataba de pelear contra los enemigos de la patria y del Estado.

„ sin fronteras. Ayer nacímos, y hoy llena-
„ mos el imperio, las ciudades, las islas, los
„ castillos, las villas, las aldeas, los rea-
„ les, los tribus, las decurias, el palacio, el
„ senado, el consistorio. Solamente dexa-
„ mos vacíos los templos para vosotros. Pues
„ ¿para que lance de batalla no serian idoneos
„ soldados los christianos, aun con desigua-
„ les tropas, estando tan exercitados en los
„ combates de los tormentos, en que se de-
„ xan despedazar gustosamente, si en la dis-
„ ciplina de la milicia christiana no fuera
„ mas lícito perder la vida, que quitarla?"
Tertul. *Apolog. cap. 37. traduc. de Manero.*

Así hablaba Tertuliano en medio de los émulos y perseguidores del christianismo, sin

11 Estas máxîmas, aunque justas y verdaderas, desagradáron demasiado á J. J. Rousseau, el qual se propuso establecer otras diametralmente opuestas por fundamento de su contrato social, declamando fuertemente para ello contra la religion christiana, y haciéndola de inferior condicion que el paganismo, y la misma secta de Mahoma, hasta atreverse á decir [1], que tan fácil es probar contra Bayle, que jamas se fundó Estado alguno que no tuviese la re-

que hubiese habido ninguno, que se atreviera á desmentirle, como habria sucedido seguramente, si no hubiera sido cierto y notorio todo lo que decia. Este solo testimonio, aun quando no hubiera otros, basta para confundir á los que poseidos del espíritu de partido, para sostener sus opiniones particulares, han querido hacer creer, que la conducta de los primeros christianos en esta parte era efecto de impotencia y debilidad, y no de la firme persuasion en que estaban, de que, segun los preceptos y máxîmas del Evangelio, no hay caso ninguno en que pueda ser lícita la rebelion de los súbditos, ni hay potestad en la tierra, que licitamente pueda autorizarla.

[1] *Du Contract social, liv. 4. chap. 8.*

ligion por basa, como contra Warburton, que la ley christiana es en el fondo mas dañosa que útil á la fuerte constitucion del Estado, porque el christianismo no predica sino esclavitud y dependencia, y su espíritu es demasiado favorable á la tiranía.

12 La experiencia sola, que vale por muchos razonamientos, basta para desmentir estas máxîmas y otras muchas igualmente absurdas, é impías, de que abunda el contrato social de Rousseau, pues es evidente, que la parte del mundo que profesa la religion christiana, es puntualmente en donde no domina el despotismo y la tiranía, y en donde hay ménos esclavitud. Acaba de dar una prueba práctica de esta verdad Joseph II. Emperador de Alemania, habiendo abolido la esclavitud en sus nuevos dominios. Tambien ha abolido en los suyos el Rey de Francia la servidumbre ascripticia con general aplauso de la nacion. Pero no debe admirar, que un hombre entera-

mente poseido de un ciego y desordenado amor á la inmoderada libertad é independencia, declame tanto contra una religion pura y santa, que pone la sumision y obediencia á las legítimas Potestades entre sus mas recomendables preceptos.

13 Si á los hombres inclinados ya por su naturaleza misma á la libertad é independencia, se les quita el freno y saludable temor de la religion, ¿que puede esperarse sino alborotos, sediciones y desórdenes monstruosos, que teniendo en una agitacion continua á la república, la precipiten al cabo en la anarquía, y por consiguiente en su total ruina? Tales son los gravísimos daños y funestas conseqüencias, que deben seguirse naturalmente del contrato social en los términos que le establece Rousseau y los que le han copiado despues.

CAPITULO II.

De las qualidades y circunstancias, que deben concurrir en las penas, para ser útiles y convenientes.

1 De lo dicho en el número 5 del capítulo antecedente resulta, que toda sociedad se compone precisamente de dos principios diametralmente opuestos, que son el interes particular de cada individuo, y el general de toda la comunidad, los quales están siempre en un continuo choque y conflicto, y se destruirian en breve, destruyendo al mismo tiempo la sociedad, si por una feliz combinacion no se conciliasen estos dos intereses opuestos, y se impidiese la destruccion del uno, disminuyendo la actividad del otro.

2 Este es puntualmente el fin y objeto de las leyes criminales, tan antiguas por esta razon, como la misma sociedad, y de las quales, como se ha dicho, depende inmediatamente la justa libertad del ciudadano, y

por consiguiente su verdadera felicidad. Mas para que estas leyes consigan tan saludable fin, es necesario, que las penas impuestas por ellas se deriven de la naturaleza de los delitos : que sean proporcionadas á ellos: que sean públicas, prontas, irremisibles y necesarias : que sean lo ménos rigurosas, que fuere posible, atendidas las circunstancias: finalmente que sean dictadas por la misma ley.

3 Si las penas no se derivaren de la naturaleza de los delitos, si no tuvieren cierta analogía con ellos, se trastornarán todas las ideas y verdaderas nociones de la justicia : se confundirán las personas con las cosas, la vida del hombre con sus bienes: se apreciarán estos tanto ó mas que su honra [1] : se redimirán con

[1] *La ley* 6 *tit.* 17 *Part.* 7. impone pena capital al tutor que casare con su pupila, y de destierro y confiscacion de bienes, si abusare de ella sin casarse. La razon que da la misma ley es, porque casándose el tutor con la pupila, no podrá esta pedirle cuentas de la administracion de la tutela. Esta ley, que pre-

penas pecuniarias las violencias y delitos contra la seguridad personal: inconveniente, en que cayéron muchas de nuestras leyes antiguas dictadas por el espíritu feudal, y que debe evitarse en toda buena legislacion, como se dirá despues.

4 Triunfa la libertad, dice el Presidente Montesquieu [1], quando las leyes criminales sacan las penas que imponen de la naturaleza particular de cada delito, porque entónces cesa todo arbitrio, y la pena no se deriva de la voluntad, ó del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la misma cosa, y así no es el hombre el que hace violencia al hombre, quando se le castiga, sino sus mismas acciones: reflexîones que habia hecho Ciceron [2] mucho tiempo ántes.

fiere los bienes al honor de la pupila, ¿quanto daño pudiera causar á las buenas costumbres, si estuviera en observancia?

[1] *De l' Sprit des loix*, *liv.* 12. *chap.* 4.

[2] *De Leg. III. Noxiae poena par esto, ut suo vitio quisque plectatur: vis capite, avaritia multa, honoris cupiditas ignominia sanciatur.*

5 Todos los delitos, que pueden cometerse, se reducen á quatro clases: contra la religion, contra las costumbres, contra la tranquilidad, y contra la seguridad pública, ó privada. Los delitos contra la religion (no los que turban el uso, ó exercicio de ella, porque estos, segun sus circunstancias, pertenecerán á la tercera ó quarta clase; sino los que son puramente contra la religion y el respeto debido á ella, como juramentos, blasfemias, &c.) deberian castigarse, para que la pena se derive de la naturaleza del delito, con la privacion de las ventajas y beneficios que ofrece la misma religion á los que la respetan y reverencian, como es la expulsion de los templos, la privacion de la sociedad de los fieles, &c.

6 No faltan exemplos de esto en nuestras mismas leyes. La *ley* 8 *tit.* 1 *lib.* 1 *de la Recopilacion* prohibe, que se hagan duelos y llantos por los difuntos, desfigurando y rasgando las caras, mesando los cabellos y haciendo otras cosas semejan-

tes, *porque es defendido*, dice la ley, *por la santa Escritura*, *y es cosa que no place á Dios*: y si algunos lo hicieren, se manda á los Prelados adviertan á los clérigos, quando fueren con la cruz á casa del difunto, y hallaren que están haciendo alguna cosa de las dichas, *que se tornen con la cruz*, *y no entren con ella do estuviere el dicho finado*: *y á los que lo tal hicieren*, *que no los acojan en las Iglesias fasta un mes*, *ni digan las horas*, *quando entraren faciendo los dichos llantos fasta que hagan penitencia dello.* La *ley* 32 *tit.* 9 *Part.* 1 al que fuere excomulgado, y pasado un año se mantuviese en la excomunion, le impone por pena, que *si oviere patronadgo en alguna Eglesia*, *ó otro derecho alguno*, *porque debiese rescebir della*, *piérdelo por todo aquel tiempo que finca en descomunion.*

7 Del mismo modo los delitos contra las costumbres se deben castigar con la privacion de las ventajas y beneficios que ofrece la sociedad á los que conservan la pureza

de ellas. La vergüenza, el oprobrio, el desprecio, la expulsion del lugar serán penas correspondientes: así como lo serán para contener los delitos que perturban la tranquilidad, privar á los delinqüentes de la misma tranquilidad, ya quitándoles la libertad, ya expeliéndolos de la sociedad que perturban. Por la misma razon debe rehusarse la seguridad al que perturba la de los otros, castigándole con penas corporales, pecuniarias, ó de infamia, segun que él perturbase la seguridad de la persona, de los bienes, ó de la honra de sus conciudadanos.

8 Pero hay algunos delitos, que correspondiendo por su naturaleza á una clase, las circunstancias hacen que pertenezcan á otra. El juramento, por exemplo, que por su naturaleza es contra la religion, y pertenece á la primera clase, si de él se siguiere perjüicio de tercero, segun fuese este perjuicio, corresponderá á la tercera ó quarta. El rapto, el estupro, que son contra las costumbres,

y pertenecen á la segunda, por la violencia que causan, y la seguridad que perturban, corresponden ya á la quarta, y así deberán castigarse con las penas correspondientes á ellas.

9 Sucede tambien algunas veces, que las penas, que se derivan de la naturaleza de los delitos, ó no son bastantes por sí solas para escarmentar al delinqüente, ó no se pueden imponer. Las penas religiosas, por exemplo, podrán tal vez no ser bastantes para contener á los sacrílegos; entónces es necesario usar de penas civiles. El que invade los bienes de otro sin perjudicarle en su persona, deberia ser castigado con penas pecuniarias; pero si no tiene bienes, como sucede muchas veces, no debe quedar el delito impune. En todos estos casos y otros semejantes es necesario imponer otras penas; pero procurando siempre apartarse lo ménos que sea posible de la analogía que debe haber entre la pena y el delito: regla que no se ha observado en

algunas de nuestras leyes. La *ley* 6 *tit.* 6 *lib.* 6 *del Ordenamiento Real* manda, que si algunas personas ocuparen las rentas reales, *que paguen la dicha toma con las setenas, y si no toviere de que lo pagar cumplidamente, que muera por ello.* Lo mismo determina la *ley* 1 *tit.* 17 *Part.* 2 acerca de los que ocultaren y se apropiaren algunos bienes raices del Rey. Pero como quiera que sea, las excepciones arriba dichas no falsifican la regla propuesta, pues generalmente hablando, siempre es cierto, que las penas, para ser útiles, deben derivarse de la naturaleza de los delitos, por ser el medio mas seguro para guardar la debida proporcion, que es la otra qualidad que hemos dicho deben tener las penas.

10 Disputan los Jurisconsultos sobre la proporcion que debe guardarse en la imposicion de las penas. Comunmente dicen, que la geométrica, á distincion de los contratos, en los quales debe guardarse la aritmética. Pero esto no es tan constante,

que muchas veces no se observe lo contrario. En el contrato de sociedad, por exemplo, se distribuyen las ganancias con proporcion geométrica, y para resarcir el daño causado por un delito se usará de la aritmética. Bodino [1] de la mezcla de estas dos proporciones formó otra tercera, que llamó armónica, que es la que, segun él, debe guardarse en la imposicion de las penas, y que le impugnan otros autores.

11 Pero prescindiendo de esta disputa, cuya decision no es necesaria para nuestro asunto, lo cierto es, que entre la pena y el delito debe haber cierta igualdad, á cuya regulacion contribuyen todas las circunstancias que constituyen la naturaleza del delito, de las que se tratará en su lugar correspondiente. Esta igualdad es la que llamamos proporcion entre la pena y el delito, y la que es absolutamente necesaria, por ser el alma y el principal nervio de

[1] *De Rep. l. 6. c. ult.*

toda buena legislacion criminal, la qual, faltándole esta proporcion, se destruirá por sí misma, á manera de un vasto edificio, en el qual los pesos menores se cargasen sobre las mas fuertes columnas, y los mas enormes sobre las mas débiles.

12 La razon misma dicta, que el delito grave se castigue con mas severidad que el leve [1]. Si la ley no hace esta justa distincion en las penas, los hombres tampoco harán diferencia entre los delitos, y de esta injusta igualdad resulta una muy singular contradiccion, qual es, que las leyes tengan que castigar delitos, que ellas mismas han ocasionado, á la manera que de Domiciano refiere Zonáras, que imponia la pena de

[1] Dracon castigaba con la misma pena al que hurtaba una berza y al que cometia un sacrilegio. Con una desproporcion tan injusta en las penas no podia durar mucho tiempo la república, y así Solon mas prudente y mas humano derogó todas las injustas leyes de Dracon, y gobernó felizmente á los Atenienses. Plutarco *en la vida de Solon.*

adulterio á las mugeres de que él mismo habia abusado.

13 Las leyes, por exemplo, que imponen pena capital indistintamente al ladron que roba y asesina en un camino, y al que se contenta solo con robar, ¿quantos asesinatos habrán causado, aunque contra su intencion, que no se habrian cometido, si se hubiera guardado la debida proporcion en las penas? El ladron que sabe, que mate ó no mate, ha de sufrir la pena capital por solo el hecho de haber robado en un camino, quita la vida al que roba, porque este es un medio de ocultar su delito y evitar el castigo, ó á lo menos de dificultar y dilatar su prueba. Y he aquí como la misma ley expone la vida del hombre, por conservarle sus bienes, y obliga á un facineroso á cometer dos delitos, quando acaso solo pensaria en uno. Es verdad, que el que sale á robar á un camino, no solo quita los bienes, sino que tambien perturba la seguridad de la persona y la pública que

debe haber en los caminos. Pero esto lo que prueba es, que semejantes robos deben castigarse con mayor pena, que los que no tienen estas circunstancias; mas nunca probará, que deba imponerse la pena capital, porque la seguridad personal consta de muchos grados desde la perturbacion de la tranquilidad hasta la privacion de la vida, los quales nunca deben confundirse por las leyes: de otro modo, una injuria personal, unos golpes, una herida deberian castigarse con la misma pena que el homicidio.

14 Por regla general las leyes penales deben hacerse de modo, que el que se determine á cometer un delito, tenga algun interes en no consumarle, en no cometerle con ciertas circunstancias que le hagan mas atroz y pernicioso, en no pasar de una atrocidad á otra. Esto solo puede conseguirse por medio de una graduacion de penas proporcionadas á los progresos que se hagan en la prosecucion del delito, á las circunstan-

tancias mas, ó menos graves, y á la mayor ó menor atrocidad. Las penas y los premios obran de una misma manera en su clase, y producen respectivamente los mismos efectos, aunque de un modo inverso. Si el mérito comun y ordinario se premia igualmente que el extraordinario y singular, los hombres se contentarán con una mediania, y nunca aspirarán á cosas grandes, porque alcanzando lo mismo con poco trabajo, que con mucho, les falta el estímulo é interes, que regularmente suele ser el principal móvil de la mayor parte de las acciones humanas. Por la misma razon, si los delitos menores y menos qualificados se castigan con igual pena, que los mayores y mas atroces, con facilidad se llegará á los extremos, porque en ellos suele darse mas desahogo á las pasiones, por otra parte no hay mas que temer, y por consiguiente no hay tampoco un interes, que estimule á contenerse en los medios.

15 Otra contradiccion no ménos

singular, que causa la desproporcion de las penas, es hacer impunes y mas freqüentes aquellos mismos delitos, que con mas cuidado y esfuerzo pretende extirpar la ley. Tal es el efecto que entre nosotros ha causado la pena capital impuesta al hurto doméstico, al simple cometido en la Corte, y al bancarrota fraudulento, que oculta los bienes, ó se alza con ellos. Un hombre á quien un doméstico suyo le hace algun hurto, que sabe, que si le acusa y se le prueba, le han de imponer la pena capital, conociendo la infinita distancia que hay entre cincuenta pesos [1], por exemplo, y la vida del hombre mas miserable,

[1] Por un Decreto de 13 de Abril de 1764 se manda observar la pragmática de 23 de Febrero de 1734, que es el Auto-acordado 19 tit. 11 lib. 8, por el qual se impone la pena capital á los hurtos cometidos en la Corte, extendiendo la cantidad de dicha pragmática á cincuenta pesos, y se manda, *que se practique en todo el Reyno y Corona de Aragon, y se comprehendan en la pragmática los hurtos executados por los domésticos.*

temiendo los perpetuos remordimientos que le atormentarian, si por esta causa hiciese quitarle la vida, y temiendo tambien la censura de los demas y la nota en que justamente incurriria por semejante procedimiento, á ménos de no estar enteramente poseido de un vilísimo interes, y despojado de todo sentimiento de humanidad, no se atreve á denunciar el delito, y se contenta con echar de su casa al que le cometió; el qual con esta confianza va haciendo lo mismo á quantas partes va, y de esta suerte, en vez de contener los hurtos domésticos la gravedad de la pena, solo sirve para fomentarlos con la impunidad. La experiencia es la mejor prueba de la verdad de este discurso.

16 Si en lugar de la pena de muerte se impusiera otra proporcionada, los robados no tendrian repugnancia en acusar, ni los testigos en deponer: se evitarian muchos juramentos falsos, se castigarian mas seguramente los hurtos, y se corregirian mu-

chos ladrones, que ahora acaso se hacen incorregibles por la impunidad, y de hurtos domésticos pasan á cometer otros delitos mas graves. Es verdad que la confianza, que es preciso tener en los domésticos, les da mas proporcion y facilidad para ser infieles, y por consiguiente es necesario contener con el rigor esta facilidad. De aquí se infiere que los hurtos domésticos deben castigarse con mas rigor que los simples; pero esto debe ser, guardando siempre la analogía y debida proporcion entre la pena y el delito, la qual no se guarda ciertamente imponiéndo la pena capital.

17 Esta es tambien la causa, como hemos dicho, de la absoluta impunidad y freqüencia de los bancarrotas fraudulentos. La ley que les impone la pena capital, solo sirve como otras muchas, para ocupar lugar en el Cuerpo del derecho. Hasta ahora no se ha visto en el patíbulo, como manda la ley, uno de estos tramposos: y no es porque con

el rigor de la pena se haya disminuido el número de ellos, pues todos los dias se están viendo muchos, que faltando torpemente á la fe, y burlándose de la justicia y de sus acreedores, dexan perdidos á muchos que hiciéron confianza de ellos. Para evitar estos excesos demasiado comunes, seria conveniente imponer otra pena mas moderada y análoga al delito, pero que se executase irremisiblemente. Lo que se hace mas necesario en un tiempo en que aumentándose cada dia con el luxô la corrupcion de las costumbres, se multiplican tambien estos perniciosos devoradores de bienes agenos con notable detrimento de la república. Es pues evidente, que uno de los mas principales cuidados que debe tenerse en el establecimiento ó reforma de las leyes criminales, es que todas las penas se deriven de la naturaleza de los delitos, y sean siempre proporcionadas á la mayor ó menor gravedad de ellos.

18 Un sabio legislador no imi-

tará ciertamente á aquel Emperador Griego, de quien refiere Nicéforo, que habiéndose suscitado una grande sedicion en Constantinopla, y descubierto el autor de ella, le impuso la pena de azotes, y habiéndo este mismo impostor acusado falsamente á algunas personas de autoridad le condenó á ser quemado. ¡Extraña graduacion entre el delito de lesa Magestad y el de calumnia! No es ménos extraña la ley de los antiguos Saxones y Burgundiones, que castigaba con pena capital el hurto de un caballo, de una colmena de abejas, ó de un buey, y con multa pecuniaria la muerte de un hombre [1]. Se-

[1] *Qui nobilem occiderit ICCCCXL. solidis componat. Ruoda quod dicitur apud Saxones CXX. solidis, & interpremium CXX. solidis... Qui caballum furaverit, capite puniatur. Qui alvearium apum intra sepem alterius furaverit, capite puniatur... Qui bovem quadrimum, qui duos solidos valet, nocte furto abstulerit, capite puniatur.* Lex Saxonum, *cap.*2. §.1. & *cap.* 4. §.1. 2. 5. apud Lindembrog. *Cod. leg. antiq. pag.* 475. 476.

mejantes leyes al paso que por una parte manifiestan su crueldad, abren por otra una puerta muy ancha á los mas atroces delitos.

19 Uno de los fines mas esenciales de las penas, como se dirá despues, es el exemplo, que con ellas debe darse, para que sirva de escarmiento á los que no han delinquido y se abstengan de hacerlo, y por esta razon hemos dicho, que deben ser públicas. "*Paladinamente debe ser fecha* (dice una ley de Partida [1]) *la justicia de aquellos, que ovieren fecho*

Quicumque mancipium alienum solicitaverit, caballum quoque, equam, bovem, aut vaccam tam Burgundio, quam Romanus ingenuus furto auferre praesumpserit, occidatur... Jubemus, ut si quis tam Burgundio quam Romanus ingenuus actorem possessionis nostrae non manifesta necessitate compulsus occiderit, centum quinquaginta solidos cogatur inferre. Si alterius fuerit actor, centum solidi in compositione criminis numerentur. Lex Burgundionum, *tit.* 1. *cap.*4. §. 1. *& cap.* 50. §. 1. Lindembrog. *pag.* 270. 288.

[1] *L.*11. *tit.*31. *Part.*7.

por que deban morir, porque los otros que lo vieren é lo oyeren, resciban ende miedo é escarmiento [1] *diciendo el Alcalde ó el Pregonero ante las gentes los yerros por que los matan.* No es ciertamente digna de imitacion la costumbre que Herodoto refiere [2] de los Lacedemonios, que executaban los suplicios en medio de las tinieblas de la noche. Los castigos secretos prueban, ó impotencia y debilidad en el gobierno, ó injusticia y atrocidad en la pena [3].

[1] *Animadversiones, quo notiores sunt, plus ad exemplum emendationemque proficiunt.* Seneca *de Ira, lib.* 3. *c.* 19. *Quotiens noxios crucifigimus, celeberrimae eliguntur viae, uti plurimi intueri, plurimi conmoveri hoc metu possint.* Quintil. *declam.* 274. *La ley* 7. *tit.*4. *lib.*7. *del Fuero juzgo dice*: Todo juiz que debe justizar algun malfechor, non lo debe facer en ascuso, mas paladinamente ante todos.

[2] *In Melpom.*

[3] *Feriatur in foro, omnes videant.... scelus est in convivio damnare hominem.* Seneca *IV. Controv.* 25. El Emperador Maxîmiliano I. abolió ei año de 1512 el famoso tribunal secreto de Wesfalia, en el qual se

20 Es muy útil y tambien muy conforme al espíritu de la ley de Partida, que acabamos de citar, la costumbre que hay en Francia, digna de ser adoptada entre nosotros. Quando se condena allí un reo á la pena capital, se imprime la sentencia [1] con un breve extracto de la causa, y se vende al público el dia de la execucion. Semejantes papeles causarian en el pueblo efectos harto mas saludables que los romances de guapos y valentones llenos de embustes y patrañas, que andan publicando los ciegos por las calles. El producto de ellos podria invertirse

condenaba á un acusado en secreto, sin formalidad ninguna, sin oirle, ni convencerle. Algunos atribuyen su creacion á Carlo Magno, diciendo que lo hizo para domar la dureza de los Saxones. Pero nunca puede haber razon para atropellar el derecho de la naturaleza.

[1] En Inglaterra se publican las sentencias pronunciadas contra los reos, se hace mencion de ellas en los papeles públicos, y hay un diario destinado para dar cuenta de los *trials*, que sale cada mes.

con utilidad en beneficio de los pobres de la cárcel.

21 Estas relaciones suplirian tambien en algun modo la conexîon y union de estas dos ideas *delito y pena*, que deberia grabarse profundamente en los ánimos, y que regularmente se desvanece por la mucha distancia que suele haber entre la execucion del delito y la imposicion de la pena. Decia un Filósofo Chino [1], que como el eco sigue á la voz, y la sombra al cuerpo, la pena debe seguir al delito.

22 La union de las ideas es el cimiento de la fábrica del entendimiento humano, y puede con verdad decirse, que sobre las tiernas fibras del cerebro está fundada la basa inalterable de los mas firmes Imperios. Mas para conservar en el entendimiento la union de las ideas, deben estas ser realmente inseparables en los objetos. Es pues necesario, que la pena siga inmediatamente al

[1] P. Du-Hald. *Descr. de la Chin. tom.2.*

delito. Es muy importante, que el delito se mire siempre como causa de la pena, y la pena como efecto del delito. Si se quiere mantener el órden público, es necesario observar con vigilancia á los malos, perseguirlos sin intermision, y castigarlos con prontitud.

23 Así lo han creido tambien nuestros legisladores. Una ley de Partida [1] manda que ninguna causa criminal pueda durar mas de dos años. En el auto acordado 21. *tit.* 11. *lib.* 8. se manda, que todas las causas que se fulminaren, así de oficio como á querella particular en materia de hurtos, robos, latrocinios cometidos en la Corte y cinco leguas de su rastro, se hayan de substanciar y determinar precisamente en el término de treinta dias. La misma razon hay para extender esta providencia á todos los Lugares fuera de la Corte, no siendo el hurto de muchos cómplices, en cuyo caso se de-

[1] *L.*7. *tit.*29. *Part.*7.

berá fixar un tiempo proporcionado: y aunque no se prescriba el término preciso de treinta dias para las demas causas criminales, se deberian cortar muchas dilaciones, que no siendo necesarias para la justa defensa de los reos, les son á ellos mismos sumamente perjudiciales, igualmente que á la causa pública, á la qual importa que los delitos se castiguen con toda la brevedad posible.

24 Si la prontitud en el castigo hace la pena mas útil, tambien la hace mas justa. Qualquier reo, miéntras no es convencido y condenado legítimamente, es acreedor de justicia á todos los miramientos que dicta la humanidad. Débensele excusar por consiguiente, en quanto sea posible, las aflicciones y anxîedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte, la qual se aumenta con la privacion de la libertad, con las molestias y vexaciones de la prision, las quales deben excusarse enteramente, por ser contrarias al derecho natural, siempre

que no sean precisamente necesarias para la seguridad de la persona, ó para que no se oculten las pruebas del delito: porque *la cárcel*, dice el Rey D. Alonso [1], *debe ser para guardar los presos, é non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella.* Por esta misma razon prohibe la ley [2] que se pueda condenar á ningun hombre libre á cárcel perpetua: y otra [3] manda, que si despues de haber estado un acusado dos años en la cárcel, no se le probase el delito, *que sea sacado de la cárcel en que está preso, é dado por quito.*

25 Pero no bastará la prontitud en la pena, para que produzca buenos efectos, si al mismo tiempo no es irremisible, que es la otra qualidad que debe tener. La ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno

[1] *L.* 11. *tit.* 29. *Part.* 7. *ley* 8. §. 9. *ff. de Poen.*

[2] *L.*4. *tit.*31. *Part.*7.

[3] *L.*7. *tit.*29. *Part.*7.

muy poderoso para contener , aun quando las penas sean moderadas. Por el contrario la esperanza de la impunidad [1] es un incentivo para el delito, y hace despreciar aun las mas rigurosas penas. Toda la indulgencia y humanidad, á que es acreedor el reo ántes de ser legítimamente convencido, debe convertirse despues de su conviccion en inflexîbilidad y constancia para imponerle la pena establecida por la ley, sin que quede arbitrio ninguno para hacer otra cosa.

26 No pretendo excluir por esto absolutamente los indultos y clemencia del Príncipe. No creo tampoco, que la qüestion sobre si pueden concederlos, ó no las Potestades Supremas, sea tan peligrosa y tan difícil de decidir como pretende el ciudadano de Ginebra [2], que tuvo

[1] *Crescit multitudo peccantium , quum redimendi peccati spes datur , & facile itur ad culpas , ubi est venalis ignoscentium gratia.* Arnob. *lib.7.*

[2] J. J. Rousseau, *du Contr. social, liv.* 2. *chap.* 5.

por mas conveniente abandonarla á que la decidiera el que, ó nunca pecó, ó nunca tendrá necesidad de indulto. La clemencia, esta virtud, que es la mas bella prerogativa del trono, exercitada con prudencia y sabiduría, puede producir admirables efectos. Quando tiene peligro es tan visible, que no se puede ocultar, y es tambien muy fácil saberla distinguir de la debilidad y de la impotencia. Hablo pues solamente de los jueces, porque la clemencia para perdonar, es virtud del legislador; pero no de los depositarios y executores de las leyes [1].

27 Otra de las qualidades que he-

[1] En Francia tienen los Obispos de Orleans el singular privilegio de conceder indultos. En el año de 1717 saliéron por este medio de las prisiones novecientos reos. En el de 1753, conociendo el abuso de este enorme privilegio y los perjuicios que puede causar, se restringió, determinando los casos en que debe tener lugar. Mr. Brissot de Warville, *Theorie des loix criminelles*, *tom.*1. *pág.*201. Mejor hubiera sido abolirle por exôrbitante y perjudicial al bien público.

mos dicho debe tener la pena para ser util, es ser necesaria. No creo deberme detener en persuadir una verdad tan notoria, que solo podria ignorarla quien careciese de la luz de la razon natural. Los derechos sagrados de la justicia se convertirían en una detestable y cruel tiranía, si hubiera algun hombre sobre la tierra, que tuviese facultad para imponer penas que no sean absolutamente necesarias. Y de aquí resulta, que estas deben ser, como se ha dicho, lo ménos rigurosas que sea posible, atendidas las circunstancias, porque en quanto excediesen en esta parte, dexarian de ser ya necesarias.

28 Los que tanto aplauden la inconsiderada severidad de las penas de los gobiernos despóticos de la Asia [1] y su justicia expeditiva, ó por

[1] Oleario en su *Viage*, *pág.* 668. refiere haber visto castigar en Persia á un usurero, arrancándole los dientes á martillazos. Chardin dice (*Voyage tom.* 6. *pág.* 302.) que los panaderos que hacen fraude en el peso del pan, ó le venden á mas de la tasa, son arro-

mejor decir, precipitada y violenta, no saben hacer todo el aprecio que merece la vida y el honor de los hombres: y sería á la verdad una cosa muy extraña, como sábiamente dice el Presidente Montesquieu [1], que las gentes mas ignorantes y bárbaras del Universo hubiesen acertado á pensar mejor, que las demas naciones cultas en la cosa que mas interesa á los hombres, y mas les importa saber. Aunque si hemos de dar

jados en un horno ardiendo. Este mismo delito, dice Porter en la obra citada en la nota siguiente, *part.2*, *pág.*102, que se castiga en Turquía dando de palos al delinqüiente, y imponiéndole una multa por la primera vez, y por la segunda ó tercera es ahorcado en un garfio de hierro, que se clava en el lintel de su puerta. *Es muy comun*, dice Porter, *tropezar al pasar por las calles con el cuerpo de un panadero, que permanece colgado por tres dias consecutivos. Sin embargo, no son bastantes estos exemplos repetidos casi todas las semanas para impedir el fraude.* Este es el efecto ordinario de la desproporcion en las penas, y tan cierto es, que la crueldad de ellas no es el mayor freno para contener los delitos.

[1] *De l'Espr. des loix*, *liv.*6. *chap.*2.

crédito á dos escritores [1] modernos, que han tenido motivo y proporcion de exâminar por sí mismos la

[1] Mr. Anquetil du Perron, de la Academia Real de las Inscripciones y Bellas Letras, intérprete de S. M. Christianísima para las lenguas orientales, y el Caballero Porter, que vivió muchos años en Turquía en calidad de Ministro Plenipotenciario de S. M. Británica. Mr. Anquetil en su obra intitulada *Legislation Orientale* se propone probar por toda ella, que en el Oriente se cultivan las ciencias, las artes, la agricultura y el comercio. Que en Turquía, en Persia y en el Indostan hay leyes escritas, y costumbres que tienen fuerza de ley, por las quales se deciden los negocios, y obligan no solo á los particulares, sino tambien á los Soberanos, quienes juran observarlas, ó á lo menos se obligan á ello por la misma religion respectiva que profesan. Que estas leyes están recogidas y ordenadas en códigos, que son bien conocidos, comentados, y citados por los jurisconsultos del pais. Tales son el *Alcoran* para los Mahometanos, el *Vedam* para los Indios, el *Jasa Genghiskhani* para los Tártaros. Que en dichos Imperios los particulares poseen en propiedad, no solo bienes muebles, sino tambien inmuebles y raices, y está sólidamente establecido el derecho de succesion de padres á hijos, y por consiguiente es falso, que el Soberano es heredero de todos los

naturaleza y constitucion de los gobiernos Asiáticos, no son estos tan despóticos y arbitrarios, como vul-

vasallos, y que no hay mas propietario que él en el Imperio, como vulgarmente se cree.

Para comprobacion de esto pone nuestro autor entre otros documentos un contrato de venta de una casa, traducido á la letra, que dice que tomó entre otros muchos de igual naturaleza del archivo de un *Casi*, ó Notario de Surate. No se hace ciertamente entre nosotros ninguna escritura con mas formalidades y menudencias, que las que se ven en dicho contrato, el qual prueba, que el Derecho Civil respectivo y el Natural se cultivan en aquellas partes igualmente que en Europa, y se toman todas las precauciones posibles para asegurar la tranquilidad de los poseedores.

De todo lo dicho concluye Mr. Anquetil, que el despotismo asiático, tal qual le pinta Montesquieu, es un gobierno imaginario, que no exîste en el Oriente, ni puede exîstir en parte alguna: que los excesos, violencias é injusticias que en aquellas partes, como en otras muchas se cometen, son abusos del poder y de los que gobiernan, y no defecto de la constitucion del gobierno: que los autores que afirman lo contrario, han tomado el estado de violencia por el estado legal, y por otra parte sus intereses particulares pueden haberles obligado á no representar siempre las cosas como ellas son en sí.

garmente se cree, y aseguran otros escritores.

29 Pero sea de esto lo que se

Es cierto en efecto, que los intereses y fines particulares han dirigido la pluma de algunos escritores en este asunto. Miguel le Febre escribió un tomo en quarto bien abultado (*Theatre de la Turquie*, París 1686), en el qual se propuso juntar todos los defectos y vicios de los Turcos y de su gobierno con el fin, como él mismo lo dice expresamente en su prefacio, de hacerlos despreciables, y excitar á los Príncipes christianos á la conquista de Turquía. "Un Turco animado del mismo espíritu pudiera haber dado á su patria, dice Mr. Anquetil, no uno, sino diez volúmenes en quarto de nuestros vicios y defectos. ¿Y deberíamos por eso formar un concepto ménos favorable, que el que tenemos de nosotros mismos?"

Porter en sus *Observaciones sobre la religion, las leyes, el gobierno y costumbres de los Turcos* (*part.* 1. *pág.* 57. *traduc. franc.*) dice, que entre los Musulmanes ha habido compiladores de leyes, los quales, viendo que el Alcoran no comprehendia todos los objetos del gobierno civil, supliéron lo que le faltaba; pero sin derogar en nada su autoridad: y "baxo el título especioso de Comentarios, dice Porter, y de una extension de las ideas del Angel, ó del Profeta han formado un Código completo de leyes ci-

quiera, no es ciertamente la crueldad de las penas el mayor freno para contener los delitos, sino la infa-

,, viles igual y semejante al Código, á las ,, Pandectas ó Digesto tan claro y tan extenso como Cujacio y Domat. Abou Hanife es uno de los primeros y principales ,, comentadores del Alcoran: sus libros y los ,, de sus discípulos son la regla por donde se ,, administra la justicia en toda la extension ,, de la dominacion Turca en Europa y en ,, Asia. De esta suerte se fuéron aumentando ,, las instituciones civiles y criminales conforme ,, lo pedian los casos y las circunstancias: era ,, indispensable hacer nuevos reglamentos, ,, quando las conquistas, las riquezas y el luxô ,, introduxéron nuevos delitos y nuevos motivos de contestaciones....

,, El ilustre Presidente Montesquieu (continúa Porter) engañado con autoridades ,, equívocas, parece que quiere quitar absolutamente á los Turcos el derecho de propiedad, el de herencia y el de succesion: ,, excluye de estos derechos á las mugeres, y ,, reduce á nada, por decirlo así, todas sus ,, leyes civiles. Si le hemos de creer, el despotismo del Gran Señor absuerve en este ,, imperio todo el Código de la legislacion. ,, Quando yo veo el admirable resultado y ,, las juiciosas conseqüencias que saca de un ,, principio erroneo este hombre tan ilustra-

libilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los Magistrados, que deben ser inexôrables en imponerlas.

,, do como ingenioso, no puedo dexar de
,, compadecerme de la condicion humana.
,, Este es un triste exemplo, que prueba quan
,, sujetos estamos al error, y quan engañosos
,, suelen ser los mas bellos razonamientos.
,, Sin recurrir á los hechos, el capítulo solo
,, (del Alcoran) intitulado: *Las Mugeres*, le
,, hubiera dado á conocer con quanta preci-
,, sion ha fixado y determinado el Profeta el
,, órden de las succesiones en las familias, así
,, respecto de los varones, como de las hem-
,, bras, y por consiguiente quan seguras están
,, por la autoridad de la ley, y puestas por
,, ella á cubierto del poder del Sultan lás
,, propiedades de los particulares. Con poco
,, trabajo se hubiera instruido tambien en el
,, otro punto. Le habria sido muy fácil infor-
,, marse del método con que actualmente se
,, determinan los pleytos en los tribunales, y
,, los libros que tienen autoridad en ellos pa-
,, ra las decisiones legales. Hubiera visto, que
,, hay muchos que especifican y fixan hasta
,, los términos y las circunstancias que hacen
,, legal un contrato, ya se trate de la adqui-
,, sicion de tierras ó de casas, ya de ventas
,, de animales, ó de qualquiera otra especie
,, de mercancías. Es de creer, que si hubiera
,, leido estos libros, habria formado del des-

Si se exâmina la causa de todas las relaxaciones, dice el mismo Montesquieu [1], *se verá que proviene de la impunidad de los delitos, y no de la moderacion de las penas.* En todos los paises y tiempos en que se han usado castigos muy crueles, se han experimentado los mas atroces é inhumanos delitos. Así lo atestiguan todas las historias, y así se experimenta en el Japon, en donde compite la crueldad de las penas con la atrocidad de los delitos, y

„ potismo de Turquía una idea enteramen-
„ te distinta de la que ha adoptado en sus
„ obras.„

Para prueba de lo dicho pone á continuacion nuestro autor el extracto de un capítulo, que trata de las ventas, tomado de un libro de leyes compuesto por Hanife, y del qual se usa en los tribunales de Turquía. El mas exâcto y prolixo de nuestros jurisconsultos no explica ciertamente con mas individualidad y menudencia las circunstancias que deben concurrir en un contrato para que sea solemne y legítimo, que el jurisconsulto Turco en el expresado capítulo, segun le refiere Porter.

[1] *De l' Espr. des loix, liv.*6. *chap.*12.

son estos tan freqüentes, como si absolutamente no se castigaran, segun se refiere en la coleccion de los viages que han servido para el establecimiento de la Compañía de las Indias.

30 Así es preciso que suceda por una razon muy natural. Al paso que se aumenta la crueldad de los castigos, se endurecen los ánimos [1] de los hombres: se llegan á familiarizar con ellos, y al cabo de tiempo no hacen ya bastante impresion para contener los impulsos y la fuerza siempre viva de las pasiones. *Los robos en los caminos*, dice Montes-

[1] *Hujus generis supplicia vulgi animos non tam à saevitia avocant, quam ad quidvis agendum et patiendum efferant; nec acerbitate tam pravos deterrent, quam assuetudine spectandi terrorem poenarum imminuunt; praesertim si facinorosorum animi adversus vivi doloris cruciatus induruerint: apud vulgus enim imperitum confidentia pertinax constantis fiduciae plerumque laudem accipit.* Buchanan. *lib.* 10. *Rer. Scoticar.* Habla de las penas que se impusiéron á los asesinos de Jacobo I.

quieu [1], *eran freqüentes en algunos Estados : para contenerlos se inventó el suplicio de la rueda , que los suspendió por algun tiempo ; pero despues se ha robado como ántes en los caminos.*

31 En Moscovia á los defraudadores de la renta del tabaco se les impone la cruel pena llamada *Knout* [2], que se reduce á azotar al delinqüente hasta descubrirle los huesos. Sin embargo los Moscovitas hacen el contrabando como en otras partes. Los que han exâminado con reflexîon la historia Romana y las diversas revoluciones de este Imperio , han observado , que del rigor se pasó á la indolencia , y de la indolencia á la impunidad [3].

32 La última qualidad que hemos dicho deben tener las penas , es ser dictadas por la misma ley. Los Publicistas ponen justamente la potestad de imponer penas entre los de-

[1] *De l' Spr. des loix , liv. 6. chap. 12.*

[2] Briss. *Theor. tom.* 1. *pag.* 161.

[3] V. Montesq. *Considerat. sur les caus. de la grand. des Rom. et de leur decaden.*

rechos de la Magestad, que llaman inmanentes, esto es, inseparables de ella: y no carece enteramente de razon Hobbes [1], quando dice, que el imponer pena mayor que la determinada por la ley, es una verdadera hostilidad. Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador. Toda la facultad de los jueces debe reducirse únicamente á exâminar, si el acusado ha contravenido ó no á la ley, para absolverle, ó condenarle en la pena señalada por ella.

33 Si se dexase en su arbitrio el imponer penas, el derogarlas ó alterarlas, se causarian innumerables males á la sociedad. La suerte de los ciudadanos seria siempre incierta, su vida, su honra, sus bienes quedarian expuestos al capricho, á la malicia, á la ignorancia y á todas las pasiones que pueden dominar á un hombre. Si no hay leyes fixas, ó las que hay

[1] *Leviath. cap.* 28.

son obscuras, ó están enteramente sin uso, es preciso caer en el inconveniente del arbitrio judicial, si la potestad legislativa no ocurre á este daño, haciéndo leyes, declarando las obscuras, y subrogando otras nuevas en lugar de las antiquadas.

34 De esta última clase hay muchas en nuestra legislacion criminal, y por consiguiente mucho arbitrio en los tribunales y jueces, de donde resulta, como se ha dicho, ó la impunidad de los delitos, ó que un mismo delito se castigue con diversas penas, segun la diversidad de jueces, y tal vez en un mismo tribunal en diversos tiempos, y segun la diversidad de los que le componen.

35 Es verdad que nuestros legisladores claman contra el no uso de las leyes, declarando, *que todas las leyes* [1] *del Reyno, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la ex-*

[1] *Aut.* 2. *tit.* 1. *lib.* 2.

cusa de decir que no están en uso. Pero á pesar de tan expresa voluntad repetidas veces declarada [1] por los Soberanos, la experiencia nos hace ver prácticamente, que son muchísimas las leyes penales, que sin haber sido derogadas por otras, están enteramente sin uso alguno, dando lugar por este motivo al arbitrio de los jueces, y lo que es peor, sin que estos le tengan para dexarlo de hacer así. No habrá hoy por exemplo un juez que se atreva á mandar cortar la lengua al blasfemo, y la mano al escribano falsario, sin embargo de que estas son las penas impuestas á estos delitos por leyes [2] que no están expresamente derogadas por otras: y si hubiera alguno, que quisiera resucitar estas leyes, creo seguramente, que los tribunales superiores revocarian la sentencia, y el juez que la dió pasaria en el concep-

[1] *L.3. tit.1. lib.2. Recop. Aut. 1. del mismo tit. y lib. l.4. tit.4. libro 1. Orden. R.*

[2] *L.4. tit.28. Part.7. l.2. tit.4.lib.8. Recop. l.16. tit.19. Part.3. l.6. tit.7. Part.7.*

to del público por cruel y temerario. Hállanse pues los jueces y tribunales por defecto de la legislacion en la fatal necesidad y dura alternativa de sufrir la nota de inhumanos, ó de no observar las leyes que han jurado cumplir.

36 Esto es preciso que así suceda, y la razon es clara. Las leyes humanas, como todas las cosas hechas por hombres, están sujetas á las alteraciones y mudanza de los tiempos. De aquí proviene, que algunas leyes, que quando se estableciéron, eran útiles y convenientes, con el transcurso del tiempo dexan de serlo, en cuyo caso ya no es justo que se observen: y serán siempre inútiles los esfuerzos que las leyes hicieren en contrario en semejantes casos: porque no está en su potestad el mudar la opinion comun de los hombres, las costumbres generales y las diversas circunstancias de los tiempos, todo lo qual ha contribuido á que las leyes pierdan su fuerza y vigor. Así lo conoció el prudente Rey Felipe II.

que se explica en estos términos [1]: *Asimismo algunas de las dichas leyes* (habla de las anteriores á la N. Recopilacion) *como quiera que sean y fuesen claras, y que, segun el tiempo en que fuéron fechas y publicadas, pareciéron justas y convenientes, la experiencia ha mostrado, que no pueden ni deben ser executadas.*

37 Es á la verdad muy justo y muy conveniente á la república, que las leyes establecidas, y no derogadas por la Potestad legítima, se mantengan siempre en observancia. Mas para conseguirlo, es necesario que el legislador imite á la naturaleza, la qual con la nutricion, repara las insensibles, pero continuas pérdidas que padece diariamente todo cuerpo viviente. Del mismo modo, para que la legislacion se mantenga siempre viva y en todo su vigor como conviene, es preciso que el legislador oportunamente subrogue nuevas le-

[1] Pragmát. declaratoria de la autoridad de las leyes de la Recop. que está al principio de ella.

yes, á las que el transcurso del tiempo ha enervado y dexado sin uso. Esta fué la causa de que se hiciese la nueva Recopilacion [1], y esta misma está pidiendo, que por la Potestad legítima se reforme nuestra jurisprudencia criminal, fixando las penas, que parecieren convenientes, al estado y circunstancias actuales con toda claridad y precision, para quitar de esta suerte, en quanto sea posible, el arbitrio de los jueces.

38 He dicho en quanto sea posible, porque muchas veces es preciso dexar á la prudencia del juez la aplicacion de la ley á ciertos casos particulares, que siendo conformes á la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras, porque las leyes no se pueden hacer de modo que comprehendan todos los casos que pueden suceder. Así que, haciéndo esta aplicacion el juez, está tan léjos de contravenir á la ley, que ántes bien cumple de-

[1] Pragmát. declaratoria arriba citada.

bidamente toda la voluntad del legislador: *porque el saber de las leyes*, dice el Rey D. Alonso [1], *non es tan solamente en aprender é decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas.* Esto es, entender y penetrar el sentido de las palabras, y con él la mente del legislador.

39 No creo, pues, que sea tan peligroso, como pretende el Marques de Becaria [2] el axîoma comun, *que propone por necesario consultar el espíritu de la ley.* Los inconvenientes contra que justamente declama, de que tambien hemos hecho mencion, no provienen de consultar el espíritu de la ley, sino del arbitrio voluntario, y no regulado de los jueces, cuyas causas hemos expuesto igualmente.

40 Quando la ley es obscura, quando atendidas sus palabras, se duda prudentemente, si la intencion del legislador fué incluir en ella, ó

[1] *L.* 13. *tit.* 1. *Part.* 7. *Esta ley se tomó de la* 17. *ff. de Legib.*
[2] *Trat. de Delit. y pen.* §. 4.

excluir el caso particular de que se trata, y que no está expreso en las palabras, entónces no debe ni puede el juez valerse de su prudencia para determinar, aunque parezca justo; sino ocurrir al Príncipe, para que declare su intencion, como se previene repetidas veces en nuestras leyes [1].

41 Si la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fué incluir ó excluir el caso particular, entónces, aunque sea ó parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente, verificándose en este caso lo que el jurisconsulto Ulpiano dice de la disposicion de una ley Romana [2]: *Esto es á la verdad sumamente duro; pero así está escrito en la ley*, y no queda mas recurso que el de ocurrir al Príncipe,

[1] *L*.3. *tit*.1. *l*.62. *cap*. 10. *tit*. 4. *lib*.2. *l*. 13. *cap*.7. *tit*.28. *lib*. 8. *Recop*. *Aut*. 1. *y* 2. *tit*. 1. *lib*. 2.

[2] *Quod quidem per quam durum est, sed ita lex scripta est. L*. 12. §. 1. *ff*. *Qui & à quibus manum.*

para que la corrija, explique ó modere.

42 Estos son los casos en que el arbitrio del juez seria pernicioso, si le tuviese, porque con pretexto de equidad, ó se apartaria de la ley y de la mente del legislador, ó usurparia los derechos de la soberanía. Pero quando las palabras de la ley manifiestan la intencion general del legislador, aunque no la expresen literalmente (porque las leyes, como se ha dicho, no pueden comprehender todos los casos que pueden suceder con el tiempo) entónces, no solo puede, sino debe el juez aplicar la ley general al caso particular, aunque no se exprese en las palabras. Esto es lo que verdaderamente se llama consultar el espíritu de la ley, que es muy distinto del arbitrio judicial, y es lo que los mismos legisladores quieren que se haga, léjos de ser contrario á su voluntad.

43 "Non se deben facer las le»yes, dice el Rey D. Alonso [1], si non

[1] *L.36. tit.34. Part.7.*

»sobre las cosas que suelen acaescer »á menudo. E por ende non oviéron »los antiguos cuidado de las facer »sobre las cosas que viniéron pocas »veces, porque tuviéron, *que se po- »dria judgar por otro caso de ley seme- »jante, que se fallase escrito.*" El Príncipe que actualmente nos gobierna, piensa del mismo modo. "Mando así- »mismo, dice en una novísima ley [1], »á todos los jueces y tribunales con »el mas serio encargo, que á los reos, »por cuyos delitos, segun la expre- »sion literal, *ó equivalencia de razon* »de las leyes penales del reyno cor- »responda la pena capital, se les im- »ponga esta con toda exâctitud, sin »declinar al extremo de una nimia »indulgencia, *ni de una remision arbi- »traria.*" No puede explicarse con mas claridad la diferencia que hay entre consultar el espíritu de la ley, y tomarse los jueces el arbitrio que no deben, y que pretenden concederles algunos autores [2] malamen-

[1] *L.* 13. *cap.* 6. *tit.* 24. *lib.* 8. *Recop.*

[2] *Quod Judex possit* (dice Farinacio) *poenas*

te y con notable detrimento de la república, dando por asentado, que todas las penas son arbitrarias, y por consiguiente, que pueden alterarlas, aumentarlas, ó disminuirlas á su arbitrio.

44 La sabia y prudente determinacion de estas leyes es muy conforme á la razon y á la equidad. Proceder de otro modo seria exponerse á eludir las leyes por el mismo medio con que se pretenden observar,

à legibus inductas non solum minuere, sed etiam pro suo arbitrio augere, & quod hodie omnes poenae juxta facti & personarum qualitates sint in arbitrio judicantis, aperte probat textus in lege & si severior, ubi Glos. & Doctores. Cita varios autores en comprobacion de su doctrina, y luego añade: *Regula igitur ex praemissis firma remanet vera & communis, quod in imponendis poenis Judex habet à jure concessum arbitrium illas juxta delictorum qualitates & circunstantias minuendi, augendi, & immutandi.* De Delict. & poen. *quaest.* 17. *n.* 7. *In atrocissimis* (dice en otra parte) *licitum est jura transgredi, requisitas solemnitates non adhibere, & ordo est ordinem non servare.* De Indic. *quaest.* 37. *n.* 86.

ó tener que recurrir á expedientes superfluos y acaso ridículos para no obrar con injusticia. De uno y otro nos ofrece dos exemplares, dignos de referirse por su singularidad, una nacion sabia y discreta; pero nímiamente escrupulosa, por no decir supersticiosa en observar siempre servilmente y con demasiado rigor las palabras de la ley, porque cree que así conserva mejor su libertad.

45 Fué uno acusado en Inglaterra por haberse casado con tres mugeres á un tiempo. Exâminada la causa por los Jurados, declaráron estos haber cometido el acusado el delito que se le imputaba. Estando ya para ser condenado en la pena impuesta por la ley, el abogado del reo, conociendo el modo de pensar de su nacion, alegó que la ley hablaba solamente de los que se casaban dos veces, y por consiguiente no podia comprehender á su parte, porque se habia casado tres. El razonamiento del abogado hizo toda la impresion que podia desear en el ánimo de los

jueces, y el reo quedó absuelto por haber despreciado muchas veces la ley, que tanto querian observar [1].

46 Semejante al pasado es el alegato de otro Ingles, que habiendo cortado lás narices á un enemigo suyo, y tratándose de imponerle la pena correspondiente, pretendió exîmirse de ella con el pretexto de no estar comprehendido en la ley, porque esta solo habla de mutilacion de miembro. El Parlamento, para no cometer una injusticia, hizo ántes de determinar la causa un Bill, en el qual declaró solemnemente, que las narices deben colocarse en la clase de los miembros del cuerpo. Si el Parlamento hubiera consultado el espíritu de la ley, se habria ahorrado el trabajo de hacer un Bill tan extraordinario y tan poco correspondiente á un Cuerpo de sus circunstancias [2].

[1] Briss. *Theor. tom.* 2. *p.* 199.
[2] Briss. *tom.* 1. *pág.* 126.

CAPITULO III.

Del objeto y fines de las penas.

1 Hemos visto en el capítulo antecedente las qualidades y circunstancias, que deben concurrir en las penas, para que sean útiles y convenientes. Exâminémos ahora qual debe ser su objeto y fines, de donde depende tambien, que sean justas ó iniquas: pues seria ciertamente una crueldad y tiranía imponer penas á los hombres por solo atormentarlos con el dolor, y sin que de ellas resultase alguna utilidad. *La venganza se ha de tomar*, dice Séneca, *no porque sea dulce el vengarse; sino porque es útil* [1].

2 El derecho de imponer penas es tan propio y peculiar de la sociedad, que nació con ella misma, y sin

[1] *Ad vindictam veniendum, non quasi dulce sit vindicare, sed quasi utile.* De Ira, *l. 2. c. 23.*

él no podria subsistir: y como el primero y principal fin de toda sociedad sea la seguridad de los ciudadanos y la salud de la república, síguese por conseqüencia necesaria, que este es tambien el primero y general fin de las penas. *La salud de la república es la suprema lèy.*

3 Pero ademas de este fin general, hay otros particulares subordinados á él, aunque igualmente necesarios, y sin los quales no podria verificarse el general. Tales son [1] la correccion del delinqüente para hacerle mejor, si puede ser, y para que no vuelva á perjudicar á la sociedad: el escarmiento y exemplo para que los que no han pecado se abstengan de hacerlo: la seguridad de las personas y de los bienes de los ciudadanos: el resarcimiento ó reparacion

[1] *In vindicandis injuriis haec tria lex sequuta est, quae Princeps quoque sequi debet: aut ut eum quem punit emendet, aut ut poena ejus ceteros reddat meliores, aut ut sublatis malis, ceteri securiores vivant.* Seneca *de Clement. lib.*1. *cap.*22.

del perjuicio causado al órden social, ó á los particulares.

4 La enmienda del delinqüente es un objeto tan importante, que jamas debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas. Pero ¿quantas veces por defecto de estas, en vez de corregirse el delinqüente, se hace peor y tal vez incurable hasta el punto de verse la sociedad en precision de arrojarle de su seno como miembro acangrenado, porque ya no le puede sufrir sin peligro de que inficione á otros con su contagio? La experiencia nos enseña, que la mayor parte de los que son condenados á presidios y arsenales, vuelven siempre con mas vicios que fuéron, y tal vez, si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos. Esto prueba la indispensable necesidad que hay de establecer casas de correccion, de que hablaré despues, sin las quales nunca se podrán proporcionar las penas, de modo que pro-

duzcan el saludable efecto de la enmienda en los que aun sean capaces de ella.

5 Las buenas leyes procuran por todos los medios posibles evitar los delitos, para no verse en la necesidad de castigarlos: y quando se ven precisadas á ello, hacen que el mismo castigo, que ya no pueden excusar, sirva por su aparato y publicidad de preservativo á los demas. *La justicia*, dice el Rey D. Alonso [1], *non tan solamente debe ser cumplida en los omes por los yerros que facen*, *mas aun porque los que la vieren tomen ende miedo é escarmiento.*

6 Es pues el exemplo para lo futuro, mas que la venganza de lo pasado el objeto de la justicia criminal [2], y por consiguiente de las penas: porque no es posible deshacer un delito ya cometido, ni los dolo-

[1] *L.5. tit.27. Part.3.*

[2] *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt: futura prohibentur.* Seneca *de Ira, lib.*1. *c.*16.

res y tormentos mas atroces son capaces de revocar del tiempo que no vuelve las acciones ya consumadas. Las leyes que están libres de pasiones, castigan sin odio ni cólera, y no consienten sino por necesidad y con dolor en perder un ciudadano con el castigo, despues de haber perdido otro por el delito.

7 En el estado de naturaleza, en que todos los hombres eran iguales, cada uno tenia derecho para rechazar la violencia con la violencia, la injuria con la injuria, y para perseguir á su enemigo hasta ponerle en estado de que no le pudiese ofender. Este era uno de los graves inconvenientes del estado natural, supuesta la corrupcion de la naturaleza, porque el mas fuerte y atrevido prevaleceria siempre, aunque fuese con injusticia y tiranía, sobre el mas débil y pusilánime.

8 Conociendo esto los hombres, reuniéron sus fuerzas particulares, depositándolas en la comunidad, y cada uno, haciéndose ciudadano, ce-

dió sus derechos; pero para asegurar mejor el uso de ellos: renunció la facultad de valerse de sus fuerzas; pero para adquirir las del público, y por consiguiente la comunidad se obligó por su parte á asegurar mejor el uso de estos derechos, y á usar del depósito de la fuerza pública, que se le habia confiado, siempre que fuese necesario, para proteger á qualquiera de sus miembros, pues seria una cosa monstruosa haber dexado las fuerzas del estado de naturaleza, para entregarse sin defensa á los males del estado civil. De todo lo qual se colige con evidencia, que uno de los objetos y esenciales fines de las penas es, como hemos dicho, la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos, y el resarcimiento ó reparacion del perjuicio causado al comun y á los particulares.

CAPITULO IV.

De la verdadera medida y quantidad de las penas, y de los delitos.

. . . . *Adsit*
Regula, peccatis quae poenas irroget aequas:
Ne scutica dignum, horribili sectere flagello.
Horat. 1. satyr. 3. v. 117.

1 Si los fines, que hemos dicho en el capítulo antecedente debe tener presente el legislador en la imposicion de las penas, pueden conseguirse con castigos moderados, el agravarlos seria crueldad y tiranía, y se excederian los límites de la justicia y de la equidad. Por el contrario, si las penas no tuviesen eficacia bastante para contener la osadía de los malos, serian inútiles, y en vez de impedir los delitos, solo servirian de incentivo para ellos. Es pues necesario y muy importante, que se guarde cierta medida en las penas, y lo es igualmente, el saber,

qual debe ser esta medida, y por donde debe regularse, porque de este conocimiento depende principalmente la justicia de la legislacion criminal y el acierto en el establecimiento de las penas.

2 Pero debiéndose derivar estas de la naturaleza de los delitos, y ser proporcionadas á ellos, segun se ha dicho en el capítulo II. de este Discurso, no se podrá conocer bien la medida y quantidad de las penas, si ántes no se establece la verdadera medida y quantidad de los delitos. El lector conocerá desde luego, que la palabra quantidad no la tomo en su sentido recto, sino en el metafórico, en el qual no significa otra cosa, que el conjunto de qualidades y circunstancias, que constituyen una accion mas ó menos mala, y por consiguiente mas ó ménos perniciosa.

§. I.

De la medida y quantidad de los delitos.

1 Es bien sabida la opinion, ó por mejor decir, la extravagancia de los Filósofos Estoicos, que con sofismas y apariencias de razon pretendian persuadir, que todos los delitos eran iguales, y no hacian distincion entre la muerte de un gallo y el asesinato de un hombre: Paradoxa extraña, á la que Ciceron [1] con todo su ingenio y eloqüencia no pudo dar ni aun visos de probabilidad, y de la qual Horacio, imbuido en esta parte en mejor filosofia que la Estoica, supo burlarse con tanta discrecion como sabiduría [2].

2 Algunos criminalistas vulgares, como Farinacio, Carpzovio y otros semejantes, poco ó nada versados en la filosofia moral, tan necesaria para tratar con acierto de materias criminales, proponen las penas como la verdadera medida de los

[1] *Paradox.* 3.
[2] *I. Satyr.* 3.

delitos: y segun ellos, delito grave es el que se castiga con pena grave, y leve el que se castiga con pena leve [1].

3 Si algun legislador consultase á un jurisconsulto, para imponer la pena correspondiente á un nuevo delito, no sé yo, que regla le podria dar segun la doctrina de estos autores, cuya mala filosofía se manifiesta bastantemente en la ineptitud de su raciocinio, pues ademas, de que el responder de esta suerte, es dar por supuesto lo mismo que se quiere saber, era necesario, para que fuera cierta su regla, suponer una de dos cosas: ó que la imposicion de las penas siempre se ha hecho y se hará con la debida proporcion y justicia, y que no se pueden enga-

[1] *Tertia sit conclusio* (dice Farinacio) *in hac eadem septima delictorum distinctione, quod gravitas seu levitas delicti cognoscitur ex qualitate poenae illi à jure impositae.* Cita varios autores para autorizar su conclusion, y luego añade: *Qui omnes dicunt, quod si delicti poena est levis, leve reputatur delictum; si gravis, grave; si gravissima, gravissimum.* De delict. & poen. *quaest.* 18. *n.* 83.

ñar los legisladores, ó que la única regla y medida de las penas es la voluntad y arbitrio de ellos: proposiciones entrámbas tan notoriamente falsas, que es ocioso el impugnarlas: y la segunda puesta en práctica haria degenerar el mejor gobierno en un cruel despotismo y tiranía.

4 Creen otros, que la verdadera medida del delito es la intencion y malicia del que le comete. Pero ¿quien habrá que sea capaz de sondear la profunda é infinitamente variable malicia del corazon humano, para medir por ella los delitos, y tomarla por norma para castigarlos? Es verdad, que los actos internos mas ocultos del hombre se manifiestan y dexan conocer por las acciones exteriores. Pero nadie ignora, quan falible es esta regla, y quantas veces la mas pérfida malicia suele disfrazarse con apariencias de virtud. Ademas de que con la mejor intencion puede y suele hacerse un gran perjuicio, y por el contrario el intento mas depravado suele producir

un beneficio, que no se debia esperar. Milon mató á Clodio por satisfacer su odio y venganza privada, y libertó con su muerte á la patria de un terrible enemigo. Varron, queriendo salvar la república, se empeña temerariamente en la batalla de Cannas contra Aníbal, y pone á Roma á punto de perecer.

5 No falta quien diga, que los delitos deben medirse mas por la dignidad de la persona ofendida, que por el daño hecho al bien público. De esta suerte la mas leve irreverencia contra el Ser Supremo deberia castigarse con mas rigor y severidad, que el asesinato de un Monarca, y la subversion de un Estado, pues es infinita la distancia, y no hay términos de comparacion entre el Criador y la criatura.

6 Semejante á esta es la sentencia de los que quieren, que en la graduacion del delito se tenga por regla la gravedad del pecado. La falsedad de esta opinion consiste en confundir el pecado con el delito, siendo dos cosas realmente diversas.

Toda accion contraria á la ley divina, sea interna, sea externa, es pecado. Ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito, y las acciones externas para que lo sean, es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. Un pensamiento impuro, por exemplo, consentido interiormente con deliberacion, es pecado, y pecado grave; pero no es delito, ni está sujeto á las leyes humanas. Qualquiera mentira, aunque leve, es pecado, y aunque sea grave, no es delito, si de ella no resulta perjuicio al bien público ó á algun tercero.

7 La razon de todo esto es clara. Los hombres, quando se uniéron para hacer vida sociable, y renunciáron la facultad que tenian de usar de sus fuerzas particulares, depositándolas en la comunidad ó en su cabeza, lo hiciéron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen órden depende la mayor seguridad de los particulares,

que es lo que principalmente fuéron á buscar á la sociedad. Síguese de aquí con evidencia, que las leyes penales, que naciéron con la sociedad, como esencialmente necesarias para su conservacion, no pueden tener otro objeto que aquellas acciones externas, que directa ó indirectamente turban la pública tranquilidad, ó la seguridad de los particulares, y por consiguiente solo estas son verdaderamente delitos, y solo ellas están sujetas á las leyes humanas establecidas por las Supremas Potestades.

8 No sucede así con el pecado. El hombre, aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria, que tiene con Dios, como criatura con su Criador. Toda accion que de qualquier modo ofende estas relaciones, es verdaderamente pecado. Pero como la gravedad y medida de este depende de la impenetrable malicia del corazon humano, Dios, que solo es capaz de conocerla, ha reservado á su

omnipotencia el castigo de los pecados y el modo y tiempo en que debe executarse, y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdiccion de las leyes humanas: y si estas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres, siendo tan freqüentes por la corrupcion de la naturaleza, en vez de conservar la sociedad, que es su verdadero y principal fin, conseguirian destruirla fácilmente. Ademas de que tampoco seria posible, que los pudieran castigar por su multitud [1]. Hay pues entre el delito y el pecado una verdadera diferencia; y es muy importante no perderla de vista en la legislacion criminal.

9 Quando digo, que solo las acciones externas, que directa ó indirectamente turban la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares, son delitos, y que solo ellas

[1] *Si quotiens peccant homines sua fulmina mittat*
Jupiter, exiguo tempore inermis erit.

están sujetas á la censura de las leyes humanas, estoy muy distante de excluir de esta clase las acciones externas perturbativas de la religion, porque esta es el vínculo mas fuerte y el mas firme apoyo de la sociedad: pues como sábiamente dice Plutarco [1], mas fácil seria edificar una ciudad sin suelo, que establecer ó conservar una sociedad sin religion. Verdad tan evidente y clara, que habiéndose hecho conocer de un filósofo gentil en medio de las densas tinieblas del paganismo, no puede dexar de causar muy grande admiracion, que no hubiese hecho impresion alguna en otro filósofo [2] que habiendo nacido en el centro del christianismo, cerró voluntariamente los ojos á la pura y brillante luz

[1] *Lib. adv. Colot. tom.2. oper.*

[2] Bayle *Pensées sur la Comete, &c.* y en otras partes de sus obras. Puffendorff en su obra *de Offic. hom. & civ. lib.* 1. *cap.* 4. §. 9. y Montesquieu *Espr. dex loix, liv.* 24. *chap.* 2. *y* 6. destruyen con solidez y energía la impia paradoxa de Bayle, y todos sus vanos sofismas.

de la fé, y tuvo impiedad bastante para pretender persuadir, que el ateismo no puede perjudicar á la sociedad, y que esta puede subsistir, aunque en ella no se profese religion alguna. Pero no es extraño que pensase de este modo quien se atrevió á decir, para deprimir la religion christiana, que un Estado compuesto de verdaderos christianos no podria subsistir.

10 El Marques de Becaría [1], que impugnó sólidamente las opiniones que quedan referidas acerca de la medida de los delitos, dice, *que la única y verdadera medida es el daño hecho á la sociedad*. Pero esta sentencia es igualmente defectuosa que las demas. Si fuese verdadera, no habria diferencia entre los delitos cometidos por dolo, y los cometidos por culpa, entre los que se hacen con el ánimo perturbado por el ímpetu y vehemencia de las pasiones, y los

[1] Trat. De delit. y pen. §. 7. y 8. y resp. á la acus. 11.

que se cometen con serenidad y pleno conocimiento. En una palabra, se destruiria enteramente la moralidad de las acciones humanas, pues para que estas puedan imputarse á los que las hacen, debe atenderse principalmente al conocimiento y deliberacion con que se executan. Pero si la única medida del delito hubiera de ser el daño hecho á la sociedad, como este se pueda hacer sin voluntad del que le causa, y tal vez contra ella, síguese necesariamente, que se destruiria la moralidad de las acciones humanas, ó que estas se pueden imputar al que las hace sin deliberacion ni conocimiento.

11 Objetándole al Marques de Becaría, que, segun su sistema, seria necesario castigar las casas que se arruinan, las aguas que inundan, el fuego que abrasa y otras cosas inanimadas, puesto que tambien hacen daño á la sociedad: para satisfacer á esta objecion, recurre al fin de las penas, diciendo, que como este sea impedir al delinqüente cau-

sar nuevos daños y retraer á los demas de que hagan otros semejantes, y no pudiéndose verificar nada de esto en las cosas inanimadas, tampoco puede tener lugar el castigo. Pero sin embargo de esta respuesta, la dificultad queda en pie, porque siempre se verifica que no hay delito, habiendo verdadero daño de la sociedad: luego este no es la única medida de aquel.

12 Tampoco satisface al otro argumento de sus contrarios. Un furioso, dicen estos, puede cometer un homicidio como otro qualquier hombre; sin embargo no será castigado como otro hombre que esté en su acuerdo. Así lo confiesa el Marques de Becaría; pero dice, que esto es, *porque hace menor daño á la sociedad el loco que el sano, puesto que este enseña á cometer delitos, y aquel no da otro exemplo que el de su locura furiosa.* De esta respuesta solo puede inferirse, que el delito del loco es menor que el del cuerdo; mas no, que no es delito, que es lo que se debia

probar, y no se probará ciertamente, siguiendo los principios de Becaría, ni se podrá dar tampoco razon, segun ellos, porque quando se causa igual daño á la sociedad, como suele suceder, por un delito hecho con plena deliberacion y conocimiento, que por otro en que no haya tanta deliberacion, aquel se debe castigar mas gravemente que este.

13 Mr. Brissot de Warville [1], siguiendo los principios de Becaría, dice: *que no puede haber sino dos medidas de los delitos: que en los unos es el daño hecho al órden público, en los otros el que se hace á los particulares. Servirse de otras medidas*, prosigue este autor, *inventadas por el despotismo ó por el fanatismo, es tiranía, es atrocidad.* Es cierto, que si las medidas son inventadas por el despotismo, ó por el fanatismo, será tiranía y atrocidad servirse de ellas. Pero tambien es verdad, que ademas del daño hecho al órden público y á

[1] *Theorie des loix criminelles*, *tom.* 1. *pág.* 103.

los particulares, deben concurrir y tenerse presentes otras circunstancias, las quales, léjos de haber sido inventadas por el despotismo ó por el fanatismo, son indispensablemente necesarias para regular justamente la verdadera medida de los delitos.

14 Estas son la deliberacion y conocimiento del delinqüente, el mal exemplo que causa el delito, los impulsos ó causas que estimulan á delinquir, el tiempo, el lugar, la reincidencia, el modo é instrumentos con que se cometió el delito, la persona del delinqüente y del ofendido, las quales circunstancias juntas con el daño hecho á la sociedad ó á los particulares, constituyen la verdadera medida y naturaleza de los delitos.

15 Segun estos principios, se conserva la moralidad de las acciones humanas, se distinguen los delitos cometidos por culpa, de los cometidos por dolo, los que se hacen con el ánimo perturbado, de los que se hacen con entero conocimiento y se-

renidad: se da fácilmente la razon, porque el daño hecho á la sociedad por las cosas inanimadas ó por un furioso no es delito , y finalmente, porque , aunque se cause igual daño á la sociedad con dos delitos cometidos con desigual conocimiento y deliberacion , se debe castigar el uno con mas severidad que el otro.

§. II.

De la verdadera medida y quantidad de las penas.

1 Establecida la medida de los delitos , ya es fácil señalar la verdadera medida y quantidad de las penas, pues quanto mayor fuere el daño causado á la sociedad ó á los particulares , mayor la libertad y conocimiento con que se hace , mas peligroso el exemplo que resulta de la accion , y mas vehementes los impulsos para delinquir , tanto mayor será el delito , y por consiguiente la pena con que se debe castigar. Por el contrario , quanto disminuyeren estas

circunstancias, tanto disminuirá el delito y tanto menor deberá ser la pena, guardada la debida proporcion.

2 Segun estos principios, infiérese naturalmente de ellos, que todos los delitos que se dirigen á perturbar ó á destruir la sociedad, y tambien la religion por las razones ya dichas, como son el crímen de lesa Magestad, la heregía, la sedicion, rebelion y qualquiera otro de esta naturaleza, se deberán castigar con las penas mas graves, aumentándose mas ó ménos el rigor de ellas á proporcion del mayor ó menor daño que causare á la sociedad, cuya salud y conservacion debe ser siempre el primero y principal objeto de la legislacion criminal.

3 El segundo es la seguridad y tranquilidad de los particulares. Esta consiste en la conservacion de la vida, de los miembros del cuerpo, de la honra y de los bienes. Mas como la vida del hombre, su persona y su honra sean objetos mas nobles y

mas dignos de aprecio, que los bienes, síguese por conseqüencia necesaria, que los delitos contra la seguridad personal deben castigarse mas severamente y con diverso género de penas, que los que solo causan perjuicio en los bienes, debiéndose graduar igualmente estas penas por el mayor ó menor daño que causaren.

4 Pero este solo, como se ha dicho, bien se haga á la sociedad, bien á los particulares, no basta para que haya delito, si no concurren las otras circunstancias necesarias para regular las penas, quales son el mal exemplo causado por el delito, y las causas ó incentivos para cometerle. El mal exemplo es tanto mayor y mas perjudicial, quanto es mayor la freqüencia con que se cometen los delitos. Esta depende, ó de la facilidad y proporcion que hay para cometerlos, ó de las causas, que por su abundancia ó por su vehemencia incitan á ello.

5 Es pues consiguiente á nues-

tros principios, que quanto mayor fuere la facilidad para delinquir, mayores, en mas número, ó mas vehementes las causas ó estímulos que incitan á ello, tanto mas se deberán agravar las penas, para que el miedo de ellas sirva en quanto sea posible de obstáculo á la facilidad en delinquir, y de contrapeso á las causas ú ocasiones que pueden incitar á ello.

6 Pero en estos casos el daño causado á la sociedad ó á los particulares debe influir mas que las otras circunstancias en la regulacion y medida de las penas. De lo contrario, ó se faltará á la debida proporcion y analogía que debe haber entre la pena y el delito, y que nunca debe perder de vista el buen legislador, ó se expondrá á que el mal causado por la pena sea mayor que el que causaria el delito, y la razon dicta, que de dos males necesarios se prefiera el menor.

7 La otra circunstancia necesaria para regular las penas, es la libertad del delinqüente. Segun esta fuere

mayor ó menor, así se deberá agravar ó disminuir la pena. La falta ó diminucion de la libertad puede provenir de causa extrínseca ó intrínseca. Entónces proviene de causa extrínseca, quando por miedo, violencia ó de otro modo obliga uno á otro á delinquir. En este caso todo el peso de la pena debe recaer sobre el que obliga, pues obra con entera libertad, y es causa moral del daño que resulta; pero respecto del que le hace materialmente, debe ser la pena tanto menor, quanto mayor fuere la violencia que padece, porque á proporcion es menor la libertad. Por la misma razon los delitos cometidos por temor de la muerte, del hambre, del dolor, son mas excusables, que los que se cometen sin estos motivos.

8 No sucede así con el mandante y el mandatario, porque entrámbos concurren libremente y tienen igual parte en el delito, y por consiguiente deben sufrir la misma pena. El mandante pervierte el ánimo del mandatario, le induce eficazmente á

hacer lo que no haria sin el mandato, y aunque no concurre físicamente á la execucion, tiene tanta parte como si concurriera. *Aquel face el daño que lo manda facer*, dice la *regla* 20. *tit.* 34. *Part.* 7. La muerte de Urías se imputa á David, que solo la mandó executar, como si la hubiese hecho por su mano: *Matáste con la espada á Urías Heteo* [1], le dice Natham, quando le reprehende en nombre de Dios. El mandatario es el instrumento con que se executa el delito; pero no un instrumento muerto como el cuchillo, que solo se mueve á la voluntad del que le dirige; sino un instrumento, que los dialécticos llaman cooperativo, porque se mueve por sí mismo y concurre libremente á executar la accion.

9 De lo dicho se infiere, que si el mandatario se excedió en la execucion del mandato, como si habiéndole mandado que hiriese á uno,

[1] *Uriam Hetaeum percussisti gladio*, 3. Reg. XII. 9.

se propasó hasta matarle, esta muerte, aunque hecha contra la voluntad del mandante, deberá imputársele igualmente que al mandatario, porque es verdadera causa de ella, pues no solo debia saber, que el mandatario podia exceder fácilmente los términos del mandato, sino que expresamente le exponia á ello, mandándole por otra parte una cosa ilícita. Pero si el mandante revocare en tiempo hábil el mandato, y no obstante le pusiere en execucion el mandatario, entónces solo á este se le deberá imputar el delito, porque ya no se puede decir, que el mandante es causa de él. Sin embargo, dicen algunos autores [1], á mi juicio con razon, que el mandante debe ser castigado con alguna pena extraordinaria, por haber pervertido el ánimo del mandatario y por el peligro que traen consigo semejantes mandatos, aunque despues se revoquen. Por la misma razon, aunque

[1] Gom. *Var.3. n.41. y otros autores.*

no se ponga en práctica el mandato, deberá castigarse con alguna pena proporcionada, pues importa á la pública utilidad el impedir semejantes mandatos, la depravacion que causan en el ánimo del mandatario, y el peligro que de aquí puede resultar á la sociedad.

10 Tambien quieren algunos intérpretes, que la ratihabicion ó aprobacion tenga el mismo efecto que el mandato, no solo en los contratos, sino tambien en los delitos. Uno, por exemplo, mata á otro en mi nombre, pero sin noticia mia, y despues de hecha la muerte, me lo dice, y yo la apruebo: deberé ser castigado, segun esta doctrina, á lo ménos con pena extraordinaria. Pero no hallo razon alguna en que pueda fundarse esta opinion, pues el que solo aprueba un delito despues de hecho, ni es causa física ni moral de él. Es cierto que se executó en su nombre, pero sin su noticia ni participacion. Tambien es verdad, que aprueba una accion mala, pe-

ro esto será un pecado ; mas no un delito, y por consiguiente no debe castigarse por las leyes.

11 Disminúyese tambien la libertad por causa intrínseca, y esto sucede, quando el ímpetu y fuerza de las pasiones es tanta, que ofusca el ánimo, ciega el entendimiento, y precipita quasi involuntariamente al mal, como sucede en los primeros movimientos de ira, de cólera, de dolor y otras pasiones semejantes, en cuyo caso los delitos cometidos de esta suerte, deben castigarse con ménos severidad, que quando se hacen á sangre fria y con entera deliberacion.

12 No es contrario á esto lo que hemos dicho ántes, que quanto mayores y mas vehementes fueren los estímulos para delinquir, tanto mas se deben agravar los castigos, porque las leyes en el establecimiento de las penas no se proponen por objeto los hombres agitados por las pasiones, incapaces entónces de reflexîon ni de temor ; sino los hom-

bres tranquilos y serenos, que pueden exâminar y comparar el mal que causa la pena, con el deleyte ó utilidad que resulta del delito, y acostumbrarse de este modo á temer las penas para resistir á los impulsos que los incitan, y para no dexarse arrebatar de las pasiones. Por otra parte el que quando está tranquilo, no piensa en delinquir, y solo lo hace agitado de alguna pasion, es ciertamente ménos impelido al mal, que el que con malicia y serenidad busca ó aprovecha las ocasiones ó causas que incitan á él, y por consiguiente menor pena basta, para que el primero no se dexe arrebatar de la pasion, que para contener al segundo en su dañado y deliberado propósito de delinquir.

13 La falta de conocimiento disminuye tambien el delito, y debe disminuir igualmente la pena. Es pues consiguiente, que los delitos cometidos por ignorancia, por error, por culpa, por impericia, credulidad, rusticidad, se castiguen con me-

nor pena, que los que se hacen con entero conocimiento y deliberacion, aunque el daño que resultare sea igual, del mismo modo que quando se hace sin entera libertad, porque menor pena basta para contener á los que delinquen sin entera libertad y conocimiento, que á los que lo hacen con malicia y plena deliberacion: y conforme á un principio que hemos asentado en este Discurso, las penas, para que sean justas, deben ser necesarias: esto es, no debe exceder su rigor de aquel punto que basta para contener los delitos, porque así lo pide el bien de la misma sociedad.

14 De lo dicho parece inferirse, que, pues la embriaguez priva ó disminuye el conocimiento del delinqüente, deberia influir en la diminucion ó remision de la pena. Para decidir esto, es digno de tenerse presente un lugar de Aristóteles sobre el asunto. *Siempre que por ignorancia*, dice este Filósofo, *se comete algun delito*, *no se hace voluntariamente*, *y por consiguiente no*

hay injuria. Pero, si el mismo que comete el delito, es causa de la ignorancia con que le comete, entónces hay verdaderamente injuria y derecho para acusarle, como sucede en los ebrios, los quales, si quando están poseidos del vino, causan algun daño, hacen injuria, por quanto ellos mismos fuéron causa de su ignorancia, pues no debiéron haber bebido tanto [1].

15 Este excelente pasage de Aristóteles hace ver manifiestamente la distincion que las leyes deben hacer para la imposicion de las penas entre el que se embriagó por casualidad ú otro motivo extraordinario, y el que lo hace por hábito y

[1] *Quandocumque ignorantia causa est aliquid perpetrandi, id non fit sponte, proinde nec injuria est. At quum ipse suae ignorantiae causa fuerit, perpetraveritque ex ignorantia, cujus ipse causa fuit, is plane officit injuria, & jure accusari poterit, velut in ebriis evenit. Vino namque mersi, si quid mali perpetraverint, injuriam faciunt, quandoquidem ipsi sibi ignorantiae causa fuerunt. Non enim decuit eos tantum bibere.* Magn. Moral. 1. 34.

costumbre. Al primero, si delinque, estando privado de su juicio, se le debe disminuir, y tal vez remitir la pena, segun las circunstancias: el segundo debe ser castigado, como si hubiera cometido el delito estando en su acuerdo, sin tener respeto ninguno á la embriaguez, sino es acaso para aumentarle la pena: pues ciertamente no deberia tenerse por injusto el legislador, que quisiese resucitar la ley de Pitaco, el qual imponia dos penas al que cometia un delito estando embriagado, una por el delito, y otra por la embriaguez [1].

16 No debe decirse lo mismo del loco ó mentecato, que careciendo enteramente de juicio y conocimiento sin culpa suya, es mas digno de compasion, que de pena, y esto aunque quando cometió el delito estuviese en su entero juicio, pues aunque algunos autores dicen, que en este caso debe ser castigado á lo ménos con pena extraordinaria, no hay ciertamente ra-

[1] Aristot. *Nicomach. III.* 7.

zon ninguna sólida en que pueda fundarse esta opinion : ademas de que cesan todos los fines que deben proponerse en la imposicion de las penas, pues un loco es incapaz de correccion, y su impunidad no puede causar mal exemplo ni dar motivo á que otro sea malo, á ménos que no espere tambien volverse loco despues de cometido el delito. La única pena que se le puede imponer, es encerrarle, para que no haga otro daño.

17 Débese tambien tener consideracion en la imposicion de las penas á la edad y sexô, porque uno y otro influye en el conocimiento. Un niño no tiene ninguno, y el menor de catorce años regularmente no le tiene perfecto. Lo mismo respectivamente debe decirse del que se halla en una edad muy avanzada. *Mas crudamente*, dice la ley 8. tit. 31. Part. 7. *deben escarmentar . . . al mancebo, que al viejo nin al mozo... é si por aventura el que oviese errado, fuese menor de diez años*

é medio , non le deben dar ninguna pena , é si fuese mayor desta edad, é menor de diez é siete años , débenle menguar la pena , que darian á los otros mayores por tal yerro.

18 La debilidad corporal de las mugeres, efecto de su delicada constitucion, se comunica tambien al ánimo, cuyas operaciones tienen tanta dependencia de la organizacion del cuerpo , y por tanto las leyes deben mirar con mas benignidad en el establecimiento de las penas á las mugeres, que á los hombres. Pero esto no se debe entender, quando la malicia de la muger es tanta , como suele suceder algunas veces , que la haga cometer delitos tan atroces , que excedan la debilidad de su sexô , en cuyo caso deben ser tratadas del mismo modo que los hombres.

19 Infiérese tambien de los principios que van expuestos, que los actos puramente internos , como los pensamientos y deseos de cometer algun delito , sea el que fuere , aunque se tenga noticia de dichos ac-

tos, en ninguna manera deben castigarse, porque no resulta daño ninguno á la sociedad. No es ciertamente digna de imitacion la crueldad con que manchó su nombre Christiano II. Rey de Dinamarca, de quien refiere Meursio en su vida, que se la hizo quitar á uno por haber dicho, que alguna vez habia deseado gozar de la Reyna. El Monarca Danes se propuso sin duda imitar al tirano y cruel Dionisio el Mayor, de quien refiere Plutarco [1], que habiendo soñado un favorecido suyo llamado Marsias, que le cortaba la cabeza, le hizo quitar la vida, diciendo, que si no lo hubiera pensado por el dia, no lo hubiera soñado por la noche.

20 Con mas humanidad pensaba nuestro Rey D. Alonso. *Porque los primeros movimientos* (dice este sabio Príncipe [2]) *que mueven el corazon del ome, non son en su poder, segund dixéron los filósofos, por ende, si*

[1] *Vida de Dion.*
[2] *L.5. tit.2. Part.7.*

en la voluntad de alguno entrase de facer traicion con otros de consuno, é ante que ficiesen jura sobre el pleyto de la traicion, lo descubriese al Rey, decimos quel debe ser perdonado el yerro que fizo de consentir en su corazon de ser en tal fabla.

21 He dicho, que los actos puramente internos no deben castigarse, aunque se sepan. Pero si á estos actos se juntaren algunas acciones exteriores ó palabras dirigidas á poner en execucion los pensamientos ó deseos, entónces, segun sea mayor ó menor el progreso que se hiciere en la execucion, y el daño que resultare, así se deberá agravar mas ó ménos la pena.

22 Infiérese de esta doctrina, que la voluntad ó conato de delinquir no debe castigarse con la misma pena que el delito consumado. En el derecho Romano hay algunas leyes [1],

[1] *L. Quis quis C. ad leg. Jul. majest. l.* 1. 7. *y* 14. *ff. Ad leg. Corn. de Sicar. l.* 7. *C. eod. l.* 1. *ff. Ad leg. Pomp. de Parric. l.* 7. *y ult. C. de Calumniator.*

segun las quales el conato debe castigarse con la misma pena que el efecto. Otras agravan mas la pena [1] al efecto que al conato. Los intérpretes para conciliar estas leyes, dividiéndose ellos tambien en sus opiniones, dicen unos, siguiendo á Cujacio [2], que en los delitos leves el conato debe castigarse con menor pena que el efecto; pero en los mas graves debe castigarse el conato con igual pena que el efecto. Quieren otros que el conato solo se castigue como el efecto en los delitos gravísimos, y esta sentencia, dice Antonio Mathei [3], que está generalmente aprobada por el consentimiento de casi toda la Europa.

23 El sabio y erudito Magistrado Cornelio Binkersoek [4] dice, que solamente debe castigarse el conato

[1] *L. 1. & ult. ff. de Extraord. crim. l. 6. y 22. ad leg. Corn. de Fals. l. 3. de His qui not. infam. l. 21. §. 7. de Furt.*

[2] *Observ. XV.* 25.

[3] *Tit. de Poen. n.* 13.

[4] *Observ. III.* 10.

como el efecto en los delitos determinadamente expresados en las leyes, y no en otros algunos, aunque sean mas graves: y para saber hasta que punto debe llegar el conato para que se pueda castigar con la misma pena que el efecto, dice tambien, que debe estarse á las palabras y expresion de la ley: sentencia cuerda, que evita la incertidumbre que resulta de las diversas opiniones con que los intérpretes han obscurecido tambien este punto.

24 La sentencia de Binkersoek, mas humana ciertamente y mas equitativa que las de los demas intérpretes, es mas conforme á nuestras leyes patrias. La *ley* 2. *tit.* 31. *Part.* 7, despues de haber expresado con toda individualidad los delitos en que el conato debe castigarse con la misma pena que el efecto, dice: "En estos casos sobredichos *tan so-* »*lamente* ha logar lo que diximos, »que deben recibir escarmiento los »que pensaren de facer el yerro, »pues (despues) que comienzan á

»obrar dél, magüer non lo cumplan. »Mas en todos los otros yerros, »que son menores destos, magüer los »pensaren los omes facer, é comienzan á obrar, si se arrepintieren ante »que el pensamiento malo se cumpla »por fecho, non merescen pena ninguna.”

25 La terminante y clara disposicion de esta ley no dexa lugar á las varias interpretaciones de los Doctores, y debe seguirse á la letra, miéntras no sea derogada por legítima potestad. Pero quando se trata de la reforma de las leyes, es preciso exponer las razones, que en mi juicio prueban convincentemente, que en ningun delito se debe castigar el conato con la misma pena que el efecto, y quanto mas atroz fuere el delito, tanto mas se debe seguir esta regla, por pedirlo así la pública utilidad.

26 El primero y principal, ó por mejor decir, todo el objeto de las leyes penales, segun nuestros principios, es el bien de la sociedad y de

los particulares que la componen. Por eso miéntras mayor fuere el perjuicio que puede seguirse de algun delito, tanto mas importa evitarle, y tanto mas deben valerse las leyes de todos los medios posibles para conseguirlo. Esto supuesto, no hay duda, que entre el conato y la consumacion del delito hay algun intervalo, y por consiguiente puede haber lugar al arrepentimiento. Conviene pues al bien de la sociedad, que en vez de poner obstáculos que impidan este arrepentimiento, le faciliten y promuevan las leyes por todos los medios posibles, pues quantas veces se verificare, otros tantos delitos se evitarán.

27 Pero ¿quien habrá que habiendo empezado á cometer un delito desista de su empresa, si sabe, que aunque desista, ha de sufrir la misma pena, que si hubiera consumado la accion? ¿No es esto por el contrario cerrar enteramente la puerta al arrepentimiento, y poner estímulos, no solo para que se lleve á

efecto el intento, sino tambien acaso para que se acelere y precipite la execucion?

28 Pongamos el exemplo en uno de los casos comprehendidos en la ley de Partida arriba citada. Si un hombre intenta matar á otro, y comenzare á ponerlo por obra, yendo contra él con armas, ó estando acechándole en algun lugar para matarle, *magüer non lo cumpliese*, dice la ley, *meresce ser escarmentado así como si lo oviese cumplido.* Este hombre constituido en tales circunstancias, ¿quien duda, que discurriria de esta suerte? Aunque yo no mate á mi enemigo, por solo haberlo intentado ya, he de sufrir la misma pena que si le matara: pues si de todos modos he de perder la vida, quiero tener á lo ménos el gusto de satisfacer la pasion que me impele á hacer este atentado.

29 Por el contrario, si el que comenzó á cometer un delito, sabe, que si desiste de su depravado intento, ha de ser castigado con ménos

severidad, que si le pone en execucion, ¿quantas veces el amor á la vida, ó el temor de la mayor pena contrapesarán los impulsos de las pasiones, é impedirán el daño que recibiría la sociedad con la consumacion del delito? Quien no crea que los hombres, generalmente hablando, discurren y obran de esta suerte, no conoce el corazon humano, ni la depravacion de nuestra naturaleza.

30 Por otra parte, segun los principios asentados en este Discurso, los delitos desiguales en gravedad no deben castigarse con penas iguales: y nadie ignora, que el conato de delinquir, aunque es malo, no es tanto como la entera consumacion del delito, y por consiguiente no debe castigarse con la misma pena. Esta regla dictada por la misma equidad solo podria traspasarse por el bien de la sociedad, quando el imponer la misma pena al conato que al efecto fuese un medio cierto y seguro de evitar los delitos mas atroces; pero de lo dicho

hasta aquí parece inferirse lo contrario: luego es cierto, que miéntras mas atroz fuere el delito, tanto mas importa al bien público, que el conato no se castigue con la misma pena que el delito.

31 De las razones expuestas parece inferirse, que si el conato llegase hasta el acto mismo de consumar el delito, aunque efectivamente no se consume por algun accidente, como si uno, por exemplo, diere á otro veneno, y no produxere el efecto que era regular y se esperaba: si con ánimo de matarle le hirió mortalmente; pero no murió por alguna casualidad: en estos casos se debe castigar el conato con la misma pena que el efecto, porque la pena no impide el arrepentimiento, que no puede haber en tales casos ú otros semejantes: por otra parte las leyes deben poner todos los obstáculos posibles, para que los hombres no lleguen á semejantes extremos. Este me parece que es el verdadero sentido de aquella ley del Exôdo: *El que hi-*

riere á un hombre, queriéndole matar, muera por ello [1].

32 La utilidad pública pide tambien, que los cómplices en un delito, que no han concurrido inmediatamente á executarle, se castiguen con ménos severidad, que el inmediato executor. La razon es clara. Quando algunos se convienen entre sí para executar alguna accion, de la qual pueda resultarles algun daño ó peligro, lo hacen de modo, que todos corran igual riesgo, y esto tanto mas, quanto mayor es el peligro á que se exponen. La ley, castigando con mas severidad á los inmediatos executores que á los demas, quita la igualdad del peligro con la mayor pena que impone al executor, y por consiguiente dificulta mas la execucion, porque no es tan fácil que ninguno quiera exponerse á mayor peligro que los otros, esperando la misma utilidad que ellos.

33 Pero si los que se confabulan

[1] *Qui percusserit hominem volens occidere, morte moriatur.* Exod. XXI. 12.

para cometer el delito, pactaren entre sí dar alguna recompensa particular al que executare la accion, entónces por la misma razon, aunque inversa, igual pena que el executor deben sufrir los demas cómplices, aunque no sean inmediatos executores, porque exponiéndose de esta suerte al mismo peligro, y resultándoles ménos utilidad, se dificulta tambien la convencion, y por consiguiente la execucion del delito.

34 En causas de delitos enormes, difíciles de averiguar, suele ofrecerse el perdon al cómplice que manifestare á sus compañeros. Esto es autorizar en cierto modo la traicion, detestable aun entre los malvados, porque es muy grande el daño que causa, y mucha la facilidad con que se puede cometer: y son ciertamente ménos fatales á la sociedad los delitos de valor, que los de vileza, por quanto aquel es ménos freqüente, y encuentra mas obstáculos que la vileza y traicion, la qual fraguándose impunemente en secreto, no se conoce

hasta que causa el estrago sin poderle remediar, y por lo mismo suele ser muy comun y contagiosa.

35 Por otra parte importa mucho que se averigüen bien los delitos, que por ser secretos los autores y manifiestos sus perniciosos efectos, atemorizan mas al pueblo y turban, no solo la tranquilidad, sino tambien la seguridad personal de los ciudadanos. El Marques de Becaría [1] dice, que una ley general, por la qual se prometiese el indulto al cómplice manifestador de qualquier delito, es preferible á una especial declaracion en caso particular. Creo que es muy útil y digno de adoptarse este medio, en cuya práctica no hay los inconvenientes que acabamos de referir.

36 Quando un Tribunal ó Magistrado, despues de cometido el delito, ofrece el indulto al cómplice que manifestare á los compañeros, no solo autoriza la traicion y perfidia, sino que estimula y en cier-

[1] *De delit. y pen.* §. 37.

to modo obliga á ella con el fuerte aliciente del perdon. Pero quando la ley general, que se hace ántes de cometerse los delitos y sin objeto determinado, ofrece el mismo indulto, no tiene otro fin que el de evitar uniones peligrosas con el temor recíproco, que cada cómplice debe tener de que otro le revele: y las leyes deben poner siempre todos los obstáculos que sean posibles á las convenciones que puedan hacer los hombres, que se intenten asociar para cometer delitos, pues este es un medio muy eficaz para evitarlos.

37 El modo de pensar del Marques de Becaría le encuentro autorizado por algunas de nuestras leyes, que en ciertos delitos han usado de este medio. La *ley* 21. *tit.* 21. *lib.* 5. *de la Recop.* en las declaraciones, despues de haber señalado el premio del trueque de vellon á plata ú oro, é impuesto graves penas á los que excedieren de él, hablando de las pruebas, dice: *basten tres testigos singulares, aunque sean las mismas par-*

tes ó cómplices, á quienes desde luego damos impunidad, si voluntariamente vinieren á acusarlo.

38 Lo mismo disponen algunas otras leyes del reyno [1], y parece que lo determinado por ellas en ciertos casos, seria conveniente extenderlo por una ley general á todos los delitos graves, ó á lo menos á los mas atroces, concediendo indulto al cómplice, que voluntariamente delatase á los compañeros. El Marques de Becaría quiere, que la ley acompañe la impunidad con el destierro del delator. A lo ménos me parece á mí, que seria conveniente y aun preciso, que la impunidad se conceda expresamente por sola una vez, de suerte, que el que se libertó de la pena por medio de la delacion, si vuelve á incurrir en otro delito y delata voluntariamente á los cómplices, no solo no se le pueda dar indulto, sino que se le castigue mas severamente, porque lo contrario seria fo-

[1] *L.* 20. 22. *y* 25. *tit.* 21. *lib.* 5. *Recopil. en las declarac.*

mentar y hacer las leyes hombres pérfidos y traidores, que entrarian facilmente en confederaciones peligrosas con la cierta ciencia, de que si no salian con su intento, se librarian siempre por medio de la delacion.

39 Pero una vez ofrecida por la ley la impunidad, debe ser infalible, y observarse con suma religiosidad, sin que pueda valer pretexto alguno para no hacerlo, porque de lo contrario la ley seria inútil y no produciria el efecto deseado. Por otra parte ¡que exemplo tan pernicioso para la república, que las leyes, que deben ser el sagrado depósito de la fe y confianza pública, faltasen á ella con pretextos especiosos y con doctas cavilaciones, y autorizasen la falsedad y el disimulo, debiendo introducir y fomentar por todos los medios posibles la buena fe, la sinceridad y todo género de buenas costumbres!

40 Los encubridores y receptadores de los que cometen algun de-

lito , son en cierto modo cómplices en él , y por consiguiente, segun fuere mayor ó menor el influxo y parte que tuvieren, así se deberá disminuir ó agravar la pena , hasta imponerles tal vez la misma que á los malhechores. Infiérese de aquí , que si el receptador tuviere compañía con el que comete el delito , ó percibiere alguna utilidad de él , deberá ser castigado con mayor pena , que el que puramente receptare ó encubriere sin percibir utilidad ninguna. Por la misma razon , si el receptador tuviere alguna conexîon de parentesco ú otra semejante con el delinqüente , deberá disminuirse la pena , y tal vez remitirse , segun las circunstancias , porque en este caso debe creerse que lo hizo , no por malicia , sino vencido del amor y afecto , y conforme á un principio establecido en este Discurso , en la regulacion de las penas , no solo debe tenerse presente el daño causado , sino tambien la intencion con que se hace. Pero esto se debe entender , si el expre-

sado receptador no es participante en el delito, ni le resulta utilidad de él; pues en tal caso cesa la razon antecedente. Conforme á estas distinciones deberia moderarse la regla 19. *tit.* 34. *Part.* 7. que dice: *á los malfechores, é á los consejadores, é á los encobridores debe ser dada igual pena.*

41 Los receptadores y encubridores de hurtos no deben ser siempre castigados por regla general con la misma pena que el ladron. El que recibe el robo puede recibirle inocentemente en muchas ocasiones; el que roba siempre es culpable: el uno impide la conviccion del delito ya cometido, el otro comete el delito: el ladron necesita vencer mas obstáculos para hacer el hurto que el receptador para encubrirle, lo que supone mas depravacion y malicia en uno que en otro. Pero las circunstancias pueden hacer, que el receptador sea tan culpable como el mismo ladron, y por consiguiente acreedor á la misma pena.

42 Tambien pueden reputarse

por cómplices los que persuaden y aconsejan á otros, que cometan algun delito. *El que aconseja ayuda*, dice Plauto [1]. El consejo puede darse de modo que influya mas ó ménos en la accion, y segun el influxo, así deberá ser mayor ó menor la pena. Puffendorff [2] divide el consejo en general y especial. General es, quando solo se aconseja y persuade sin pasar adelante. En este caso distinguen vulgarmente los intérpretes: ó el delinqüente hubiera cometido el delito, aun quando no hubiera sido aconsejado, ó el consejo que le diéron le determinó á delinquir. En el primer caso no debe reputarse por reo el consejero; pero sí en el segundo, porque no se puede dudar que en tal caso el consejero pervierte el ánimo del delinqüente, le induce eficazmente á delinquir, y por consiguiente es causa moral del delito.

43 El consejo especial es, quan-

[1] *Qui monet adjuvat.* Curcul. *act.*1. *sc.*3.
[2] *De I. N. & G. lib.*1. *c.*5. §.14.

do ademas de aconsejar y persuadir, se instruye al delinqüente, y se le manifiesta el modo de cometer el delito, ó se le proporcionan medios para executarle: como si al que quiere robar se le muestra, por donde podrá introducirse en la casa para hacer el robo, y otros casos semejantes, en los quales no se puede dudar que el consejero es un verdadero cómplice, y por consiguiente, segun fuere mayor ó menor su influxo, se deberá aumentar ó disminuir la pena.

44 El que pudiendo no impide un delito, moralmente concurre á él, y por consiguiente parece que debe ser participante en la pena. Pero es necesario distinguir de delitos y de personas. En los delitos atroces, de los quales se sigue grave daño á la república, el bien de ella pide, que el que pudiendo no estorba el delito, sea reputado por cómplice, y comprehendido proporcionalmente en la pena. Pero la ley deberá expresar individualmente estos delitos, de suerte que en todos los demas, que no

estén comprehendidos en ella, no deberá reputarse por cómplice el que pudiendo no impide el delito.

45 Por lo que toca á las personas: ó el que no impide el delito tiene alguna autoridad ó potestad sobre el delinqüente, como el Magistrado, el padre, el marido, el amo, &c. ó solo tiene la conexîon comun que la naturaleza ha puesto entre todos los hombres, ó la sociedad entre los ciudadanos. En este caso, aunque el que no impide el delito, pudiendo hacerlo, falta á los oficios de humanidad y de civilidad, como estos defectos no están sujetos á la censura de las leyes, como se ha dicho, tampoco podrá ser castigado por ellas.

46 No así en el primer caso, pues los que por su oficio ó por su estado deben cuidar de la conducta de otro, y tienen autoridad para corregirle, si pudiendo evitar el delito no lo hacen, son causa de él, y deben reputarse por verdaderos cómplices, verificándose en tales casos lo que dice Séneca el trágico: *El que pu-*

diendo no impide el pecado, manda cometerle [1]. Por las leyes de Inglaterra el marido es responsable de los excesos de su muger [2], y por las Romanas los Magistrados y Gobernadores de las provincias debian ser castigados por los delitos de sus mugeres, como si ellos mismos los hubieran cometido [3].

47 Ademas de las qualidades hasta aquí referidas, debe tenerse presente tambien en la imposicion de las penas, para agravarlas ó moderarlas, como se ha dicho, el tiempo, el lugar, la reincidencia, el modo é instrumentos con que se cometió el delito, la persona del delinqüente y la del ofendido.

48 El tiempo y el lugar no hay duda que agravan el delito. Un robo, por exemplo, cometido por la

[1] *Qui non vetat peccare, quum possit, jubet.* Troad. I. 291.

[2] Eduard. Chamberl. *Notit. Angl. part.* I. *cap.*16.

[3] *L.* 4. *ff. de Offic. Procons.* Tacit. *Annal. IV.* 20.

noche es mas grave, que si se hiciera por el dia, pues por la noche hay mas facilidad de cometerle, y ménos proporcion para impedirle, atemoriza mas y turba mas la tranquilidad y seguridad. Un delito cometido en el templo ó en la casa del Rey ¿quien puede dudar, que es mas grave que si se cometiera en otro lugar? *Otrosí*, dice el Rey Don Alonso [1], *deben catar* (los jueces) *el logar en que facen el yerro, ca mayor pena meresce aquel que yerra en la Eglesia ó en casa del Rey, ó en logar donde juzgan los Alcaldes, ó en casa de algund su amigo que se fió en él, que si lo ficiese en otro logar.*

49 No piensa así Mr. Brissot [2], y desprecia estas distinciones, graduándolas de imaginarias. *Ciertos pueblos*, dice este autor, *creen*, *que son mas atroces los delitos que se cometen en los dias que la religion destina á su culto, ó en los lugares destinados á él. Esta distincion es puramente ideal.*

[1] *L.*8. *tit.*31. *Part.*7.
[2] *Tom.II. p.*224.

El ladron que roba en estas circunstancias, no tiene intencion de profanar estos lugares y dias, sino de apropiarse los efectos que pueden remediar su miseria. Su necesidad satisfecha es la que él ve en el vaso sagrado que roba, y no la divinidad ofendida. ¿Por que pues se le ha de aumentar la pena?

50 Con mas justicia se puede dar á este razonamiento la censura de imaginario, que su autor da á la distincion generalmente recibida. Es verdad, que el que roba en el templo no se propone profanarle, sino satisfacer su miseria ó su malicia. Pero sabe, ó debe saber, que no se puede robar en un lugar sagrado, sin profanarle, y esta profanacion agrava el delito.

51 Tampoco admite Mr. Brissot la distincion generalmente recibida entre el robo simple y el hecho con efraccion y quebrantamiento, y dice, que por una sutileza sofística las leyes penales de ciertos pueblos han distinguido estos robos, graduando el segundo por mas grave y violen-

to que el primero. Los intérpretes vulgarmente dicen, que en el robo hecho con quebrantamiento se cometen dos delitos: uno el del robo, y otro el del quebrantamiento, y por consiguiente debe castigarse con mayor pena. Nuestro autor se burla de esto. ¿*Como no ven*, dice, *que el quebrantamiento no es mas que un medio para cometer un mismo delito*, *y no un delito nuevo*?

52 Pero supongamos con Mr. Brissot, que efectivamente no haya mas que un delito, y que el quebrantamiento no sea mas que un medio para cometerle. ¿Por ventura los medios y modo de cometer los delitos no pueden agravar la accion y hacerlos mas enormes? La muerte dada con veneno, ó alevosamente ¿quien ha dudado nunca que es mas enorme que la que se hace en una riña? Sin embargo el delito es el mismo, y solo hay la diferencia en el modo con que se ha executado.

53 No es facil conciliar este modo de pensar de Mr. Brissot con lo

que él mismo habia escrito poco ántes. *Los delitos* , dice [1] , *tienen un valor , una intensidad real ; pero es cierto , que los motivos que inducen á cometerlos* , el modo con que se cometen, *los instrumentos de que se sirve el agresor , el carácter del delinqüente , la reincidencia , la edad , el sexô* , el tiempo , los lugares , &c. *contribuyen á caracterizar el delito y hacerle mas ó ménos atroz.* No sé yo, quando podrá verificarse , segun la doctrina de nuestro autor , que el modo , el tiempo y el lugar , como él mismo dice aquí , agraven el delito y le hagan mas atroz.

54 La reincidencia es otra de las circunstancias , que , como se ha dicho , agravan el delito , porque supone el ánimo mas pervertido y obstinado en el mal , y puede llegar á tanto , que sea incorregible el delinqüente , en cuyos casos la pública utilidad pide , que se agrave la pena ; pero guardando siempre la de-

[1] *Tom.II. pag.*117.

bida proporcion y analogía con la naturaleza del delito.

55 Finalmente la calidad y diversidad de las personas debe influir tambien en la diversidad de la pena para agravarla ó disminuirla. Una injuria hecha por un vasallo á su señor, por un hijo á su padre, por un criado á su amo, &c. es mas grave, que si se hiciera á otro con quien no haya semejantes conexîones. *Deben catar los judgadores*, dice la ley 8. tit.31. Part.7. *las personas de aquellos contra quien fué fecho el yerro, ca mayor pena meresce aquel que erró contra su señor, ó contra su padre, ó contra su mayoral, ó contra su amigo, que si lo ficiese contra otro, que non oviese ninguno de estos debdos.*

56 La clase, el estado, el empleo, &c. deben influir tambien en la diversidad de la pena. Un noble, por exemplo, no debe ser castigado con el mismo género de pena que un plebeyo, un esclavo que un hombre libre, &c. Tampoco es de la aprobacion de Mr. Brissot esta doctrina. *No*

debe haber distincion de penas, dice, *en razon de la distincion de los delinqüentes. Todo delinqüente convencido dexa de ser ciudadano, y por el mismo hecho pierde los privilegios de la clase á que correspondia. Un señor que asesina á su criado, es tan enemigo de la pública tranquilidad, como el salteador que sale á un camino á asesinar á un pasagero.*

57 De este razonamiento solo se podrá inferir, que la distincion de personas no debe ser un título para la impunidad: que todo delito debe castigarse, hágale quien quiera; pero no, que no debe hacerse distincion en las penas, pues la misma naturaleza de estas y sus fines piden que se haga distincion. Las penas, como hemos visto, deben ser proporcionadas, y no exceder de aquel punto, que basta para contener los delitos, y para corregir al delinqüente: y ¿quien duda, que segun la diversidad de las personas, la pena que para unos seria inútil, es bastante para contener á otros? Un destierro, el

desagrado del Príncipe hará tanta impresion en un hombre ilustre, como podrá hacer en un plebeyo una pena corporal y dura. Ademas de que una misma pena puede imponerse de varios modos.

58 Así lo han determinado nuestros prudentes legisladores con mejor acuerdo. *Catar deben los judgadores*, dice el Rey D. Alonso en la ley arriba citada, *quando quieran dar juicio descarmiento contra alguno, que persona es aquella contra quien lo dan, si es siervo, ó libre, ó fidalgo, ó ome de villa, ó de aldea, ó si es mozo ó mancebo, ó viejo, ca mas crudamente deben escarmentar al siervo que al libre, é al ome vil que al fidalgo, é al mancebo que al viejo, nin al mozo: que magüer el fidalgo, ó otro ome que fuese honrado por su sciencia, ó por otra bondad que oviese en él, ficiese cosa porque oviese á morir, non lo deben matar tan abiltadamente como á los otros, así como arrastrándolo, ó enforcándolo, ó quemándolo, ó echándolo á las bestias bravas; mas débenlo matar en otra manera,*

así como faciéndolo sangrar, ó afogándolo, ó faciéndolo echar de la tierra, si le quisieren perdonar la vida.

59 El benéfico Príncipe, que actualmente nos gobierna, confirma las máxîmas de sus predecesores en una muy reciente providencia [1]. *Atendiendo*, dice, *por una parte á que la clase de los nobles sea tratada con la distincion que corresponde á su calidad, y mirando por otra, á que este privilegio no sea causa de su abandono, ociosidad y libertinage*, pues aunque el castigo de los delitos y excesos que estos cometan deben tener distincion á los del estado general, *de ningun modo puede tolerarse ni permitirse que queden impunes y sin el debido escarmiento segun su calidad ...... me he dignado declarar por regla general, que todos los nobles que sean aprehendidos por vagos y mal entretenidos, se destinen al servicio de las armas en calidad de soldados distinguidos.*

60 De lo dicho en los números

[1] Cédula de 2 de Agosto de 1781.

antecedentes no pretendo inferir, que la diversidad de las personas haya de hacer variar la naturaleza del delito, y por consiguiente la de la pena: defecto gravísimo, en que incurriéron las leyes Romanas, por las quales muchas veces un mismo delito se castigaba con pena de deportacion, si el que le cometia era persona distinguida, y con pena capital, si era esclavo ú hombre vil. En este mismo defecto incurriéron tambien algunas de nuestras leyes á imitacion de las Romanas. La *ley* 9. *tit.* 10. *Part.* 7. determina, que si se juntaren algunos para hacer fuerza con armas, y pusieren fuego á los edificios ó mieses, *si el que esto ficiere fuere fidalgo ó ome honrado, debe ser desterrado para siempre por ende: é si fuere ome de menor guisa ó vil ...... mandamos que lo quemen.* Esta tan injusta como odiosa distincion, es la que no debe admitirse en ninguna buena legislacion, y á la que no deben dar lugar las diversas clases de las personas; pero tampoco se deben con-

fundir estas indistintamente, porque esta confusion es contraria, como se ha dicho, al mismo fin de las penas.

61 La clase, el estado, el empleo hay casos tambien, en que deben influir para que el delinqüente sea castigado con mas severidad, porque tiene mas motivos y obligaciones para obrar bien, y mas facilidad y proporcion para hacer mal, y esto agrava mas el delito. Un juez, por exemplo, que abusando de su oficio y de la pública autoridad y potestad, que está depositada en él, comete alguna accion mala, debe ser castigado con mas severidad, que un particular. La *ley* 16. *tit.* 9. *Part.* 7. dice: que si un juez deshonrare de palabra ó de hecho sin razon á los litigantes, *tenudo seria en todas guisas de facer mayor emienda por ello, que si otro ome lo ficiese.* La razon de esto la da otra ley de la misma partida: [1] *porque muy fuertes armas*, di-

[1] *L.*4. *tit.*10. *Part.*7.

ce, *han para facer mal aquellos que tienen voz del Rey, quando quisieren usar mal del lugar que tienen.* La ley 2. tit. 28. Part. 7. dice: *Los omes quanto son de mayor linage é mas de noble sangre, tanto deben ser mas mesurados é mas apercebidos para guardarse de yerro. E á los omes del mundo á que mas conviene de ser apuestos en sus palabras é en sus fechos, ellos son, porque quanto Dios mas de honra les fizo, é quanto mas honrado é mejor lugar tienen, tanto peor les está el yerro que facen.*

62 Hasta aquí hemos visto las qualidades y circunstancias que constituyen la naturaleza del delito, y deben tenerse siempre presentes en la imposicion de las penas, para no faltar ni exceder en su verdadera medida. Otras circunstancias hay, que aunque nada influyen en la naturaleza del delito, y por eso las podemos llamar extrínsecas, hacen que en ciertos casos cese la razon general de la ley, ó los fines intentados por las penas, y entónces pue-

den moderarse, ó tambien remitirse, segun las circunstancias. Si uno, por exemplo, hubiese hecho grandes servicios á la república, y cometiese algun delito, podrian ser tan señalados estos servicios, que por ellos se le remitiese ó moderase justamente la pena. Si el número de delinqüentes fuese muy grande, todos deberian ser castigados indistintamente; pero la prudencia y el bien comun, piden que en semejantes casos el castigo se verifique en pocos, y el miedo llegue á todos.

63 Los autores criminalistas refieren muy individualmente estos y otros muchos casos, en que las circunstancias extrínsecas pueden hacer que se remita ó modere la pena, de los quales unos son ciertos, otros probables, y otros absolutamente improbables y falsos. Pero como todos son casos particulares, cuyas circunstancias no influyen en la naturaleza de los delitos, ni pueden tenerse presentes en el establecimiento de las leyes, y quando se veri-

fiquen, debe recurrirse al legislador, para que determine, no nos debemos detener á referir y exâminar dichos casos, como asunto ageno de este Discurso, y pasarémos á ver, como propio de él, en el siguiente capítulo los diversos géneros que hay de penas, y de quales puede ó no hacerse uso con utilidad y conveniencia de la república.

CAPITULO V.

De los diversos géneros que hay de penas, y de quales puede usarse ó no con utilidad y conveniencia de la república.

Quatro son los objetos principales de las penas: la vida del hombre, su cuerpo, su honra y sus bienes. Conforme á estos quatro objetos pueden dividirse las penas en capitales, corporales, de infamia, y pecuniarias, de las quales y de las especies que baxo de ellas se comprehenden tratarémos en el presente

capítulo, diciendo ántes algo del talion, porque en él se contienen en cierto modo todas las demas penas.

§. I.

De la pena del talion.

1 Si se exâmina con cuidado la naturaleza de esta pena, se hallará su orígen en el vehemente deseo de la venganza, que con tanta violencia arrastra el corazon del hombre. Recibe uno algun daño en su persona, inmediatamente aborrece al que se le hizo, y no pudiendo sufrir, el verse en un estado mas infeliz que él, enciéndese con el amor propio el deseo de la venganza, y no cree poder hallar mayor satisfaccion, que la de hacer sufrir á su enemigo otro tanto mal como él le causó. *El dolor del enemigo sirve de remedio al dolor del ofendido*, dice Publio Syro [1].

2 Por eso el supremo legislador,

[1] *Laeso doloris remedium inimici dolor.*

conociendo la violentísima inclinacion de los Judíos á vengar sus injurias, así como por su dureza y obstinacion tuvo ciertas indulgencias con ellos en algunas leyes, les dió tambien la del talion, para moderar en algun módo, y poner límites á sus venganzas. *Este precepto*, dice San Agustin, *no es fomento, sino término del furor, para reprimir las llamas de los odios y refrenar los ánimos inmoderados de los que se enfurecen.... No para que se vuelva á encender lo que ya estaba apagado, sino para que no se extienda mas el incendio de lo que ardia* [1].

3 Pero esta ley del talion, aunque los Saduceos la entendian materialmente, y segun todo el rigor de la letra, los demas Judíos, siguien-

[1] *Praeceptum istud non fomes, sed limes furoris est ad reprimendas flammas odiorum, saevientiumque immoderatos animos refraenandos... Non ut id quod sopitum erat, hic accenderetur, sed ne id quod ardebat, ultra extenderetur. Lib.* 19. *contra Faust. cap.*25.

do la tradicion, la interpretaban mas benignamente, y las palabras *oculum pro oculo*, *dentem pro dente*, *&c.* las referian á la multa ó pena pecuniaria con que se debia recompensar el daño hecho. Esto es, debia pagar el que le hizo tanto, quanto pagaria por redimir la pérdida del ojo, por exemplo, si se viese en la dura precision de perderle ó redimirle con dinero. Josefo [1], dice, que al que recibia un daño, se le permitia pedir en justicia el resarcimiento de él, segun todo el rigor de la ley, y no se le podia obligar contra su voluntad á admitir la recompensa pecuniaria, lo que prueba á lo ménos, que esta recompensa era permitida. De los Hebreos pasó la ley del talion á los Griegos, y de estos á los Romanos, quando enviáron á la Grecia á recoger sus leyes é institutos para formar la ley de las doce tablas, en la qual expresamente se permite la redencion ó esti-

[1] *Antiq. IV.* 8.

macion de la pena [1], lo que prueba tambien la tradicion de los Judíos.

4 En algunos fueros antiguos de España se concede tambien expresamente la facultad de redimir con dinero la pena corporal. D. Sancho Ramirez Rey de Aragon y Pamplona en la Era 1090 queriendo establecer una ciudad en su villa de Jaca, condonó á sus vecinos todos los malos fueros que hasta entónces habian tenido, otorgándoles, para que mejor se poblase todos los buenos fueros que le pidiéron, uno de los quales era, que si alguno riñese, ó hiriese á otro en presencia del Rey, ó en su palacio, estando en él su Real Persona, pagase mil sueldos, ó perdiese el puño, y lo mismo, si airado contra su vecino sacase lanza, espada, maza ó cuchillo [2].

[1] *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.*

[2] *In nomine Domini nostri Jesu Christi & individuae Trinitatis Patris, & Filii, & Spiritus Sancti amen. Haec est carta auctoritatis, & confirmationis, quam ego Sant-*

5 Varios expositores que cita Calmet [1], dicen, que la interpretacion dada por los Judíos á la ley es mas conforme á la equidad y á la

tius gratia Dei Aragonensium Rex, & Pampilonensium facio vobis notum omnibus hominibus, qui sunt usque in orientem, & occidentem, & septentrionem, & meridiem, quod ego volo constituere civitatem in mea villa, quae dicitur Jacca. In primis condono vobis omnes malos fueros, quos habuistis in hunc diem, quod ego constitui Jaccam esse civitatem: & ideo quod ego volo, quod sit bene populata, concedo & confirmo vobis, & omnibus qui populaverint in Jacca mea civitate totos illos bonos fueros, quos mihi demandatis, ut mea civitas sit bene populata, & unusquisque claudat suam parictem secundum suum posse, & si evenerit, quod aliquis ex vobis veniat ad contentionem, & percutiet aliquem ante me, vel in palatio meo, me ibi stante, pariet mille solidos, aut perdat pugnum... *Et si aliquis ex vobis iratus contra vicinum suum armas traxerit, lanza, spada, maza, vel cultrum*, donet inde mille solidos aut perdat pugnum. *Fuero de Jaca* que poseo, copiado del que se halla en el archivo de la misma ciudad en el libro, que llaman *de la Cadena.*

[1] *Comment. in cap.* 21. *Exod.*

naturaleza de las cosas, y que de lo contrario se seguirian muchos inconvenientes. Lo cierto es, que en el talion no se puede observar la verdadera medida de las penas, y se falta á uno de los principales fines de ellas, porque, si para escarmentar y contener al que hizo el daño, basta hacerle ménos mal que el que él causó, no se le debe hacer tanto como hizo: y por el contrario, si haciendo al delinqüente igual mal que el que él causó, no es bastante para escarmentarle, entónces se le debe hacer mas, porque de lo contrario se falta al fin de las penas contra el bien de la república. Ademas de que con la pena del talion se multiplicarian los males con perjuicio de la sociedad. Una ley de los Wisogodos prohibe, que por bofetada, puñada, patada ó golpe en la cabeza se imponga la pena del talion por el peligro de que con ella se haga mayor mal [1]. Fuera de que

[1] *Pro alapa vero, pugno vel calce, aut*

en muchos delitos, como el adulterio y otros, no puede tener lugar de ningun modo la pena del talion, á ménos que no se quiera tomar una venganza torpe y contraria á todo derecho divino y humano, semejante á la que Nestor persuadia á los Griegos para vengar el robo de Helena [1].

percussione in capite prohibemus reddere talionem, ne dum talio rependitur, aut laesio major aut periculum ingeratur. Sed si quis haec sine periculo membrorum aut aliqua laesione praesumptuosus intulerit, pro alapa X. flagella, pro pugno vel calce XX. pro percussione vero in capite, si sine sanguine fuerit, ab eo quem percusserit, XXX. flagella suscipiat. Leg. Wisigoth. *lib.* 6. *tit.* 4. *cap.* 3. apud Lindembrog. *Cod. leg. antiq. pag.* 129. Esta ley corresponde en el texto castellano á la 3. *tit.*4. *lib.* 6. *Fuero Juzg.*

1 Τῷ, μή τις πρὶν ἐπειγέσθω οἶκόνδε νέεσθαι,
Πρίν τινα πὰρ Τρώων ἀλόχῳ κατακοιμηθῆναι,
Τίσασθαι δ' Ἑλένης ὁρμήματά τε στοναχάς τε.
Ne quis prius domum regredi adspiret,
Prius quam cum Troianorum uxore dormiverit,
Sicque ulciscatur curas, & suspiria Helenae.
Iliad. B. 354.

6 Si la pena del talion no obliga á otra cosa, que á resarcir el daño hecho, en el modo que se pueda, segun dice Henrique de Coccei [1] pretendiendo probar, que de este modo, y no de otro debe entenderse el talion de los Judíos y de todas las naciones que le han usado, entónces no hay pena mas justa, ni mas conforme á la razon y á la naturaleza misma. Pero entendido como regularmente se entiende, debe causar, segun lo dicho hasta aquí, mas perjuicio que utilidad, bien se tome en todo su rigor, bien se permita redimir con dinero, y por consiguiente no debe usarse de esta pena. Solo dos casos hallo en que puede ser útil y conveniente. El primero en el homicidio voluntario y malicioso, pues no hay cosa mas justa, que el que privó injustamente á otro del mayor bien que tenia, y que no le puede recompensar de ningun modo, sea privado igualmente de él, de-

[1] *Dissertat. de Sacrosancto jure talionis.*

biéndose verificar á la letra en este caso el *animam pro anima* del Exôdo.

7 El otro caso es el de la calumnia y testimonio falso en juicio. Seria muy conveniente para defender la inocencia y reprimir á los calumniadores y testigos falsos tan freqüentes, tan impunes, y tan perniciosos á la república, hacer observar la *ley* 83. *de Toro* [1], que es la 4. *tit.* 17. *lib.*8. *de la Recopilacion*, y otras del reyno, que imponen á estos feos y perniciosos delitos la pena del talion. ¿*Crees por ventura*, *Favorino*, decia el Jurisconsulto Sexto Secilio, *que si no se hubiera antiquado la pena impuesta por la ley de las doce tablas á los testigos falsos, y si ahora como entónces el que fuese convencido de este delito, fuera precipitado de la piedra tarpeya, que habria tántos testimonios*

L

[1] Villadiego *en la glosa de la ley* 2. *tit.* 1. *lib.*6. *Fuer. Juzg.* asegura haber visto practicar la pena del talion en un falso acusador, que fué condenado á la pena de fuego, y se executó la sentencia.

falsos como vemos [1] ? No hay cosa mas justa que la sentencia del *canon* 1. *causa* 3. *quest.* 6. aunque falsamente atribuido por Graciano al Papa S. Fabian: *El que no probare la acusacion, sufra la pena que intentaba contra el acusado* [2]. La pena del talion contra los calumniadores es muy antigua en España. Entre los fueros antiguos de Sobrarve y Navarra hay uno que dice : *Qui falsía encarga á otri , et non lo puede provar con buenos ombres, suefra tales penas quales avia de sofrir el acusado* [3].

8 Pero podrá suceder muy bien, que el calumniador ó el testigo fal-

[1] *An putas , Phavorine , si non illa etiam ex XII. tabulis de testimoniis falsis poena abolevisset , & si nunc ut antea , qui falsum testimonium dixisse convictus esset , è saxo tarpeio dejiceretur , mentituros fuisse pro testimonio tam multos quam videmus?* A. Gell. *Noct. Attic.XX.* 1.

[2] *Qui non probaverit quod objecerit , poenam quam intulerit , ipse patiatur.*

[3] *Fueros antiguos de Sobrarve y Navarra,* fol. LXXVI. MS. que poseo , copiado de un Códice antiguo , que hay en el archivo del Real Monasterio de S. Juan de la Peña.

so en el progreso de la causa se arrepienta de su depravado intento, y entónces la pena del talion establecida en favor y para seguridad de la inocencia se convertirá en su mayor daño, y asegurará mas su ruina, porque el temor de incurrir en una pena tan grave será un obstáculo invencible para la retractacion, y por consiguiente se quita al inocente un medio por donde podria salvarse. Acaso la experiencia de este daño ha sido la causa de que hayan quedado sin uso las leyes del reyno arriba citadas. Pero este inconveniente, digno á la verdad de mucha consideracion, creo que se salvaria, declarando, que las expresadas leyes deban observarse á la letra y en todo su rigor, siempre que el calumniador ó testigo falso fueren convencidos de su calumnia ó falsedad; pero no, si ellos voluntariamente se delataren en tiempo hábil, en cuyo caso deberá moderarse la pena, y no tener lugar la del talion. De esta suerte no solo se evita el inconveniente refe-

rido, sino que se da tambien á la inocencia este medio mas de salvarse: y si los calumniadores no quisieren usar del beneficio de la ley, se harán tanto mas dignos de su severidad, pues teniendo en su mano el evitarla, aun despues de cometido el delito, no han querido, lo que prueba una consumada malicia y depravacion del ánimo, digna de castigarse con el mayor rigor.

§. II.

De la pena capital.

Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est.
Juven. satyr. 6. v. 220.

1 En todos tiempos y naciones cultas y bárbaras se ha usado de la pena capital para castigar algunos delitos: prueba cierta, de que los hombres por un general consentimiento la han mirado siempre como útil y necesaria al bien de la sociedad, á lo ménos en ciertos casos. Es necesario confesar sin embargo, que en todos

tiempos y naciones se ha abusado de esta gravísima pena, ya imponiéndola con profusion, ya executándola con crueldad. Movidos acaso de esto algunos autores modernos, han dado en el extremo contrario, esforzándose á producir todas las razones que les ha sugerido su ingenio, para proscribir la pena capital como inútil y perniciosa, persuadiendo á los legisladores el total exterminio de ella de sus Códigos penales.

2 ¿Que dirémos pues á vista de dictámenes tan opuestos? Negar á las Potestades supremas la facultad de imponer la pena de muerte, seria arrancar temerariamente á la justicia y á la soberanía uno de sus mas principales atributos. Imponerla sin discernimiento y con profusion, seria crueldad y tiranía. Abolirla enteramente en un Estado, sería acaso abrir la puerta á ciertos delitos mas atroces y peligrosos, que casi no pueden expiarse sino con sangre.

3 Dracon castigaba indistinta-

mente todos los delitos con pena capital. El Emperador Mauricio resolvió no derramar jamas la sangre de sus vasallos. El legislador Ateniense no halló pena [1] menor que la de muerte, y escribió todas sus leyes con sangre. El Emperador Griego creyó que era demasiadamente cruel, y se olvidó de que no llevaba en vano la espada.

4 Entre estos extremos hay un medio que dicta la razon misma y el conocimiento de los hombres, y es usar de mucha circunspeccion y prudencia en imponer la pena capital, reservándola precisamente y con toda escrupulosidad para solos aquellos casos en que sea útil y absolutamente necesaria. La pena de muerte es como un remedio de la sociedad enferma, y hay casos en que es necesario cortar un miembro, para conservar el cuerpo.

[1] Preguntado Dracon, por que castigaba las injurias con pena capital, respondió, que los delitos leves eran dignos de muerte, y no habia hallado otra pena mayor para castigar los graves. Plutarco *en la vida de Solon.*

5 Las razones en que se fundan los que quieren proscribir la pena de muerte, son ciertamente mas ingeniosas que sólidas. La soberanía y las leyes, dice el Marques de Becaría [1], no son otra cosa que la suma total de las pequeñas porciones de libertad, que cada uno cedió y depositó en la sociedad. Siendo esto así ¿como podrá decirse, que en el sacrificio que cada uno hizo de la mas corta porcion de libertad que pudo ceder, comprehendió el del mayor bien, que es la vida? Ademas de que aun quando hubiera querido, no habria podido hacerle, porque no teniendo el hombre facultad para disponer de su vida, ¿como podria ceder á otro un derecho que él no tenia? Ni es fácil conciliar esto con la prohibicion del suicidio.

6 Si este razonamiento es sólido, no debe haber caso ninguno, segun él, en que la sociedad ó la soberanía pueda privar de la vida á un ciudadano. Sin embargo, el mismo Mar-

[1] *De Delit. y pen.* §. 28.

ques de Becaría dice, que hay dos. El primero, quando, *aun privado de la libertad un ciudadano, tenga tales relaciones y tal poder, que pueda produçir una revolucion peligrosa en la forma de gobierno establecida.* El segundo, *quando su muerte fuese el verdadero y único freno, que contuviese á otros y los separase de cometer delitos.*

7 Seria bueno, que nos dixera el Marques de Becaría, como siendo increible, segun dice, que los hombres, habiendo andado tan escasos en la cesion de su libertad, hubiesen hecho el sacrificio del mayor bien, que es la vida, sin embargo le hiciéron en estos dos casos, y que nos mostrase de donde consta, que estos y no otros fuéron exceptuados de la regla general. Seria menester tambien que nos explicase, como, no teniendo los hombres facultad para quitarse la vida, cediéron en estos dos casos un derecho que no tenian, y si en estos pudiéron cederle, porque no podrian hacerlo en otros. Ultimamente es menester que concilie una contra-

diccion que resulta de su sistema, qual es decir, que los hombres cediéron la menor porcion de libertad que les fué posible, y al mismo tiempo diéron facultad á la sociedad para condenarlos á una esclavitud perpetua y trabajosa, que es la pena que quiere subrogar á la de muerte. La solucion que diese á estas dificultades disolverian tambien sus argumentos.

8 Entretanto no es dificil hacer ver la debilidad de estos y la falsedad de su sistema. Primeramente el contrato social, segun nos le pinta nuestro autor, es quimérico, y si fuese cierto, seria iniqüo por la suma desigualdad que contiene. Supónese en él, que los hombres cediéron la menor porcion que les fué posible de su libertad, al paso que se reserváron tácitamente el derecho de privar á los otros, no solo de su libertad, mas tambien de la vida, sin temor de exponerse á padecer la misma suerte, pues como dice el autor [1]:

[1] *De Delit. y pen.* §. 2.

qualquiera hombre se hace el centro de todas las combinaciones del Universo, y cada uno de nosotros querría, si fuese posible, que no le ligasen los pactos que ligan á otros. En un contrato semejante ¿adonde está la igualdad, que es el fundamento de toda obligacion? ¿Adonde está la proporcion que debe haber entre la pena y el delito, si uno puede privar á otro del mayor bien, que es la vida, sin exponerse á sufrir el mayor mal, que es la privacion de ella?

9 El derecho y potestad de castigar, que tiene la república, ó el que la representa, depende, segun el sistema de nuestro autor, única y privativamente del contrato social y de las condiciones puestas en él, de las quales no pueden apartarse sin notoria injusticia las supremas Potestades: y como en este contrato los hombres, ni quisiéron, ni pudiéron hacer el sacrificio de su vida, de aquí es, que las supremas Potestades no pueden tener derecho para imponer la pena capital. Esta doctrina,

sobre ser absolutamente falsa, es tambien peligrosa, porque puede inducir á suscitar sediciones y alborotos en la república. Es verdad, que la voluntad y consentimiento de los hombres reunidos en sociedad es la primera é inmediata causa de las soberanías. Pero supuesta la voluntad ó eleccion de los hombres, la potestad y el derecho de gobernar y la facultad de escoger los medios conducentes para ello viene de Dios, como hemos hecho ver en el capítulo primero de este Discurso. Tienen pues las supremas Potestades una superioridad legítima sobre todos los ciudadanos que componen la república, dimanada ya del consentimiento de los hombres, ya de la dispocion divina; pero que los hombres no pueden revocar. ¿Y como se podria salvar esta superioridad, si el inferior pudiese restringir y moderar las facultades del superior?

10 No quiero decir por esto, que las supremas Potestades están libres de toda obligacion para con los súb-

ditos, pues aunque tienen de Dios la potestad, tiénenla empero precisamente, para cumplir con los fines de su institucion y con el objeto, que se propusiéron los hombres en el establecimiento de la sociedad. Tienen por consiguiente la estrecha obligacion de proteger esta sociedad, de conservar siempre la tranquilidad y seguridad de la república y de todos los particulares que la componen, de poner todos los medios necesarios y conducentes para este fin, que son las verdaderas y gravísimas obligaciones que les impone el contrato social, para cuyo cumplimiento les dió Dios la potestad, y de las quales por consiguiente no pueden desentenderse sin una injusticia notoria, siendo cierto, que los Reyes se hiciéron por las repúblicas, y no las repúblicas por los Reyes. Pero la eleccion de los medios y el modo de ponerlos en execucion no puede depender de la voluntad y arbitrio de los súbditos, porque esto cederia en detrimento y destruccion de la misma república.

11 Es falsa á la verdad y perniciosa la sentencia de Machîavelo [1] y de Hóbbes, que hacen del Príncipe un verdadero tirano, exônerándole de toda obligacion para con los súbditos, y dándole por consiguiente facultad para disponer á su arbitrio de sus vidas, de su honra, de sus bienes, y hasta de sus mismas conciencias: sentencia absurda y monstruosa, que solo pudiera haberse producido con el depravado fin que se propuso Machîavelo, de hacer odiosos é insoportables á los Príncipes, afectando defender sus derechos, y excitar á los pueblos á sacudir el yugo de la obediencia. Rousseau, que entendió bien el idioma del político Florentino, dice hablando de él: *Fingiendo dar lecciones á los Príncipes, las dio muy grandes á los pueblos. El Príncipe de Machîavelo es el libro de los Republicanos.*

12 Pero si el sistema de Machîavelo y sus sequaces es falso y per-

[1] Machiav. *de Principe.* Hóbb. *de Cive, & in Leviath.*

nicioso, como hemos dicho, no lo es ménos el de Hotman [1], Milton y otros monarcómacos, que dividen la Magestad en real y en personal. La primera, que segun ellos, es inalienable, y consiste en el cúmulo de las regalías ó derechos de la Magestad, la dan al pueblo. La segunda, que es precaria, y consiste solo en la preeminencia de la persona sobre los demas, la dexan al Príncipe, al qual en conseqüencia de esto le hacen un mero ministro del pueblo, dando á este facultades que no tiene, y que solo podrian servir para suscitar continuas sediciones, alborotos y un entero trastorno de la república. Este sistema pernicioso le han confutado sólidamente Guillelmo [2] Barclayo, Grocio y Heineccio, el qual destruye tambien

[1] Francisco Hotman, célebre jurisconsulto, en su obra intitulada *Franco-Gallia*, por la qual tuvo que salir huyendo de su patria. Joan. Milton. *Defens. populi Anglic.*

[2] *Dis. advers. monarcom.* Grot. *de I. B. & P. lib.*1. *cap.*3. Heinec. *Praelect. in Grot. lib.*1. *c.*3.

las soluciones que Gronovio [1] verdadero, aunque paliado defensor del monarcomaquismo, pretende dar á los argumentos de Grocio. Rousseau [2], dice que Grocio por no haber adoptado los verdaderos principios, y por lisonjear á Luis XIII. se enredó en mil sofismas é incurrió en muchas contradicciones. Pero no es extraño que discurra de esta suerte, porque su contrato social bien entendido, no es otra cosa que un verdadero monarcomaquismo expuesto con diversas frases y palabras, y así todos los argumentos que hace Grocio contra el sistema de los monarcómacos impugnan igualmente el de Rousseau.

13 Por todo lo dicho se ve, que aun quando los hombres no hubieran querido ni podido hacer en el contrato social el sacrificio de su vida, tienen las supremas Potestades derecho para privar de ella al

[1] En las notas á Grocio *de I. B. & P. lib.*1. *c.*3.

[2] *Du Contract social, liv.*2. *chap.*2.

súbdito, siempre que sea conveniente ó necesario para el bien de la república, porque esta potestad les viene de otro principio, como hemos visto. Pero supongamos que depende, segun el sistema de nuestro autor, única y privativamente del contrato social, y de la voluntad de los hombres. Es evidente que en el estado de naturaleza el hombre tenia derecho para quitar la vida al que intentase quitársela: ¿por que pues no podria ceder este derecho, y depositarle en la autoridad pública para mayor seguridad de su persona, que es lo que iba á buscar á la sociedad? Supongamos todavía, que ni aun este derecho tenian los hombres ántes de unirse en sociedad. ¿Quien ignora que la union y composicion, así en lo físico como en lo moral, comunica muchas veces al cuerpo ó compuesto ciertas qualidades y facultades que no tenian las partes de que se compone? De la union ó colocacion de varias partes, por exemplo, resulta la simetría, que no tienen

las partes separadas : y contrayéndolo á nuestro asunto: de la union de los hombres en sociedad , resulta en esta sociedad una soberanía y superioridad legítima sobre todos los que la componen, que no tenian ellos separadamente , pues en el estado natural todos los hombres son iguales entre sí. Y he aquí , como , aun quando fuera cierto el sistema del Marques de Becaría, puede componerse muy bien el derecho de quitar la vida á los súbditos , con la prohibicion del suicidio, que es uno de sus principales argumentos.

14 Otra razon en que se funda nuestro autor , para proscribir la pena capital , es no ser necesaria , segun dice , para el bien de la república , porque la esclavitud perpetua , sobre no ser tan cruel como la pena de muerte , es mas eficaz para contener los delitos. Para probar esto dice , que no es lo intenso de la pena lo que hace el mayor efecto en el ánimo de los hombres , sino su extension , *y así no es el freno*

mas fuerte contra los delitos el espectáculo momentaneo, aunque terrible, de la muerte de un malhechor, sino el largo y dilatado exemplo de un hombre, que convertido en bestia de servicio y privado de la libertad, recompensa con sus fatigas á la sociedad que ha ofendido. Es mas eficaz, porque con la vista continua de este exemplo resuena incensantemente al rededor de nosotros mismos el eco de esta sentencia: yo tambien seré reducido á tan dilatada y miserable condicion, si cometiere semejantes delitos.

15 Es verdad que la muerte es un espectáculo momentaneo. Pero no es solo este espectáculo momentaneo el que sirve de freno; es tambien la cierta ciencia que cada uno tiene, de que si comete tales delitos, perderá el mayor bien que es la vida. Esta ciencia que cada uno tiene dentro sí mismo, y que nunca puede separar de sí, aunque quiera, debe hacer una impresion, no momentanea, sino permanente y duradera, y hará resonar tambien incesantemente al re-

dedor de nosotros el eco de esta terrible sentencia : *yo tambien seré reducido á la mas terrible y miserable condicion de perder lo que mas amo, que es la vida, si cometiere tales delitos.* De donde se infiere, que si la vista continua de la esclavitud es un freno tan poderoso para contener los delitos, la ciencia continua y cierta de la muerte, mas terrible que la esclavitud, deberá ser por la misma razon todavía mas poderosa y eficaz. Ademas de que esta vista continua de la esclavitud es absolutamente quimérica, porque ¿como seria posible, particularmente en una Monarquía dilatada, que el pueblo tuviese siempre á la vista todos los condenados á perpetua esclavitud? Seria preciso encerrarlos en un lugar destinado para este fin, como se hace ahora con los condenados á presidios y arsenales, y entónces la esclavitud perpetua vendria á ser para el pueblo un espectáculo tan momentaneo, pero mucho ménos terrible que la pena de muerte.

16 No es ménos quimérico el proyecto, que para salvar este reparo propone Mr. Brissot [1]. *Yo quisiera*, dice, *que de tiempo en tiempo, despues de haber preparado los ánimos con un buen discurso sobre la conservacion del órden social, y sobre la utilidad de los castigos, se conduxese á los jóvenes, y tambien á los hombres á las minas, á los trabajos, para que contemplasen la suerte espantosa de los miserables que estaban allí condenados.* Yo no sé, si estas peregrinaciones, caso que pudiesen ponerse en práctica, serian mas útiles, como dice Mr. Brissot, que las que hacen los Turcos á la Meca, ó si traerian mas inconvenientes que utilidades.

17 Prescindo ahora de las innumerables dificultades que habria para la custodia de tanto esclavo perpetuo, como deberia haber, cuya dura condicion los haria mas osados y atrevidos para procurar su liber-

[1] *Tom.* 1. *pág.* 149.

tad. Prescindo de que muchísimos eludirian la pena (lo que no puede verificarse en la de muerte) por mil medios que sugiere al hombre el deseo de la libertad, particularmente sabiendo, que siempre habian de conservar la vida: y los que no tuviesen la fortuna de romper las cadenas, quedarian reducidos al triste y lastimoso estado de la desesperacion, mas cruel que la misma muerte: pues aunque el Marques de Becaría niega esto, porque dice; *que el esclavo está distraido de la infelicidad del momento futuro con la del presente*, la constante experiencia de todos los hombres desmiente este razonamiento, pues no hay quien ignore, que la esperanza, de que el mal que se padece, ha de tener fin, le suaviza en algun modo por grave que sea: y al contrario la ciencia de que no ha de acabar sino con la vida, le hace mucho mas grave de lo que es en sí. Teniendo esto presente nuestros legisladores mas humanos y prudentes, han determinado,

que ningun reo pueda ser condenado á los duros trabajos de los arsenales perpetuamente, *para evitar el total aburrimiento y desesperacion de los que se vieren sujetos á su interminable sufrimiento* [1], tomando al mismo tiempo otras prudentes precauciones para los que fueren incorregibles.

18 Ultimamente la pena capital mirada en sí misma, y segun su naturaleza, ni es injusta, ni contra el derecho natural, y el bien de la sociedad como pretende Mr. Brissot [2]. ¿*Que importa*, dice, *que nuestros padres, ciegos en la economía política, hayan derramado la sangre de tantos delinqüentes, si está hoy demostrado, que este absurdo uso viola á un tiempo el derecho natural y social, perjudica al interes de la sociedad, queriendo vengarla, y alienta á cometer los delitos en vez de contenerlos*?

[1] *L.* 13. *tit.* 24. *lib.* 8. *Recop.* Esta ley es novísima, hecha en el año de 1771.
[2] *Tom.* 1. *pag.* 145.

19 Para conocer la falsedad de esta sentencia, basta saber, que Cain reconvenido por Dios por la muerte de su hermano Abel, conociendo la gravedad de su delito, y la pena que merecia, lleno de temor le dice á Dios: *Es tan grande mi iniquidad, que no merece perdon .... y así qualquiera que me encuentre, me matará* [1]. El mismo Dios confirma este fundado temor de Cain, pues para que no se verifique, es necesario, que expresamente mande, que ninguno le quite la vida, y le ponga una señal, para que le sirva de salvo conducto. Quando Cain hablaba de esta suerte, aun no habia ley positiva divina ni humana que prohibiese con pena alguna el homicidio: la naturaleza sola inspira este temor y modo de pensar á Cain, lo que al mismo tiempo prueba, que la pena del talion es justa para castigar el

[1] *Major est iniquitas mea, quam ut veniam merear. ... Omnis igitur qui inveniet me, occidet me.* Gen. 4.

homicidio. ¿Como pues podrá decirse, que es contra el derecho natural una cosa que inspira la misma naturaleza, quando no hay otra ley, ni derecho que el natural? ¿Y como podrá tampoco asegurarse sin temeridad, que viola el derecho natural una pena no solo autorizada, sino expresamente mandada por Dios en su ley? *Si alguno de propósito deliberado, ó por asechanzas matare á su próximo, aunque se refugie á mi altar, le sacarás de él para que muera*, dice en el Exôdo [1]: y en el Apocalipsi [2]: *El que matare con la espada, con la espada debe morir.* Ademas de otros muchos lugares igualmente expresos del antiguo y nuevo Testamento.

20 Infiérese de todo lo dicho, que las supremas Potestades tienen un derecho legítimo para imponer

[1] *Si quis per industriam aut insidias occiderit proximum suum, ab altari meo evelles eum, ut moriatur.* Exod. XX. 14.

[2] *Qui gladio occiderit, oportet eum gladio occidi.* Apoc. XIII. 10.

la pena capital, siempre que sea conveniente y necesaria al bien de la república: y siéndolo efectivamente en algunos casos, no seria justo, ni conveniente proscribirla de la legislacion; aunque la humanidad, la razon y el bien mismo de la sociedad piden, que se use de ella con la mayor sobriedad, y con toda la circunspeccion posible.

21 Hay varias especies de pena capital, ó por mejor decir, varios modos de executarla. Si se hubieran de referir todos los que se han usado en diversos tiempos y naciones, seria necesario hacer una relacion tan larga como ingrata á la humanidad. ¡Tanta ha sido la crueldad, con que los hombres han tratado siempre á los mismos hombres! ¿Quien podrá á la verdad acordarse sin horror del toro de Fálaris, de las aras de Busiris, de la cárcel de Dionisio? ¿Quien podrá leer sin indignacion la bárbara crueldad de los Scitas, que metian vivos á los delinqüentes en el vien-

tre de una bestia recien muerta, dexándoles solo la cabeza de fuera con el fin de alimentarlos, para prolongar mas el tormento y su crueldad, y los dexaban allí, hasta que morian comidos de los insectos que cria la corrupcion? El suplicio de la rueda y el destrozo ó desquartizamiento de hombres vivos, que se usan todavía en algunas naciones, aunque cultas, hacen estremecer á la humanidad.

22 Por fortuna nuestras leyes no han adoptado tan horribles suplicios. Es verdad, que algunas de ellas imponen á varios delitos la atrocísima pena de quemar vivo al delinqüente. Pero una costumbre general y constantemente recibida ha dexado sin uso esta cruelísima pena: y siendo esta costumbre tan conforme á la humanidad y al carácter del siglo en que vivimos, seria muy conveniente confirmarla expresamente por las leyes, quando se trate de su reforma. La pena de asaetear vivos á algunos delinqüentes impuesta

por las leyes [1], sin embargo de ser infinitamente ménos dura que la del fuego, pareció muy cruel á nuestros legisladores, y expresamente se mandó en la *ley* 46. *tit.* 13. *lib.* 8. *Recop. que no pueda persona alguna tirar saeta á ninguno de los que así fueren condenados, sin que primero sea ahogado.* Hoy ni aun así se usa ya esta pena.

23 De la misma suerte que la pena de saeta ha hecho la costumbre, que se use hoy la de fuego, pues solo se executa despues de muerto el delinqüente, acaso para salvar en algun modo la disposicion de las leyes que no están derogadas, ó para inspirar mas horror al delito. Es una máxîma cierta y muy conforme al fin de las penas, que deben siempre preferirse aquellas, que causando horror bastante, para infundir escarmiento en los que las ven executar, sean lo ménos crueles que fuere posible en la persona del que las sufre, porque el fin de las penas, como se ha dicho, no es

[1] *L.* 3. *y* 7. *tit.* 13. *lib.* 8. *Recop.*

atormentar, sino corregir. Por esta razon creo, que entre las penas capitales, quando sea necesario imponerlas, deben preferirse con exclusion de las demas las que actualmente se usan entre nosotros, quales son el garrote, la horca y el alcabuceo en los soldados, en las quales concurren las circunstancias expresadas.

§. III.

De las penas corporales.

MUTILACIONES DE MIEMBROS.

1 Por penas corporales, á distincion de las capitales (aunque estas tambien lo son propiamente hablando) entiendo todas aquellas que afligen el cuerpo, ya causando dolor, ya privando de ciertas comodidades, ya causando algunas incomodidades. Entre todas ellas las mas graves son las de mutilacion de miembros. Estas deben proscribirse absolutamente y para siempre de toda buena legislacion, pues ademas de ser crueles

por su naturaleza, léjos de conseguirse con ellas los saludables fines que deben proponerse las penas, son contrarias á ellos, y por consiguiente no solo inútiles, sino perniciosas á la república.

2 Un hombre, á quien para corregirle, se le cortó un pie ó una mano, ¿de que utilidad podrá ser en la república? Esta pena cruel, que solo sirve para hacer deformes á los hombres, en vez de corregir al delinqüente, que es el fin principal de las penas, le pone en términos de que se haga peor, pues privándole de los miembros que la naturaleza dió como necesarios á los racionales para ganar honestamente la vida, le precisa quando ménos á vivir ocioso en la sociedad con gravámen de los demas, y tal vez á valerse de medios ilícitos y torpes para subsistir.

3 El otro fin de las penas, que es el escarmiento en los que las miran executar, tampoco se consigue con las mutilaciones sangrientas; án-

tes bien, si se freqüentasen en una nacion, solo servirian para hacer crueles á los hombres, endurecer los ánimos, y ponerlos en disposicion de cometer delitos atroces y sangrientos. Así lo acredita la experiencia en la China, en donde son freqüentísimas las mutilaciones, y esta misma freqüencia prueba el poco ó ningun efecto que hacen, pues de otra suerte no abundarian tanto los delitos por que se imponen.

4 Lo mismo que de las mutilaciones debe decirse de otras penas igualmente inhumanas, quales son, desollar la frente, imprimir hierros ardiendo en la cara [1] ó en otra parte del cuerpo, sacar los ojos, cortar ó clavar la lengua, cortar las

[1] *La ley* 6. *tit.* 31. *Part.* 7. prohibe, que pueda señalarse con hierro caliente ó de otro modo á ningun hombre en la cara, aunque la razon que da, tomada de una ley de Constantino inserta en el Código de Justiniano, no es la mas sólida, pues la semejanza del hombre con Dios está en el ánimo, y no en la cara, ni en otra parte del cuerpo.

orejas, arrancar los dientes, clavar la mano: todas las quales, aunque por una general y humana costumbre han venido á quedar sin uso, seria conveniente abolirlas expresamente, subrogando en su lugar otras proporcionadas á los delitos y á las actuales circunstancias y costumbres, así como por la *ley* 7. *tit.* 17. *lib.* 8. *Recopil.* se conmutó en vergüenza pública y servicio de galeras la pena de arrancar los dientes impuesta al testigo falso en causas civiles por la *ley* 3. *tit.* 12. *lib.* 4. *del Fuero Real.*

5 Las razones que suelen darse para abonar las mutilaciones, y que parece se tuviéron presentes para establecer las leyes que imponen esta pena, son mas especiosas que sólidas. Es muy conforme á la razon, dicen, que el delinqüente sea castigado en la misma parte del cuerpo que le sirvió de instrumento para delinquir: por eso al falsario es justo que se le corte la mano, al blasfemo y al perjuro la lengua, &c. La *ley* 5. *y* 6. *tit.* 5.

lib.3. del Fuero Juzgo imponen á los sodomitas la pena de ser castrados, y entregados despues al Obispo, para que los ponga en cárceles separadas, en donde *fagan penedencia* (penitencia) *contra su voluntat, en ó que pecáron per su voluntat.*

6 Este modo de discurrir acaso seria justo, si castigando al delinqüente en la misma parte del cuerpo con que delinquió, no se frustraran los fines principales por que se estableciéron las penas, que son corregir al mismo delinqüente, impedir el daño de la sociedad, y escarmentar con el exemplo á los que no han delinquido. Pero ya hemos visto, que léjos de conseguirse con semejantes penas dichos fines, solo pueden servir para lo contrario.

AZOTES.

7 Otra de las penas corporales aflictivas es la de azotes, muy usada entre nosotros para castigar ciertos delitos en la gente del pueblo inferior. De esta pena dice D. Lorenzo

Matheu [1], que la experiencia de mas de veinte y cinco años, que exerció la judicatura criminal dentro y fuera de la Corte, le hizo conocer, que era mas temida de la gente popular de España, que la misma pena capital, por cuyo motivo dice, que la Sala de Corte la usaba con mucha freqüencia, y aun en delitos leves conminaba con ella, con lo qual se evitaban otros mayores, y rara vez tenia que imponer la pena capital. Pero se queja de que en su tiempo por la multitud de jurisdicciones privilegiadas que se habian introducido, habia decaido mucho el uso de esta pena con notable perjuicio de la república, y clama por el remedio, que cree consistir únicamente en la abolicion de los fueros privilegiados.

8 Estos justos deseos del Sr. Matheu han tenido efecto en nuestros tiempos con mucha utilidad del público, pues por una cédula de 6 de Octubre de 1768, mandada insertar

N

[1] *Tract. de Re crim. contr.* 42. *núm.* 30.

en el cuerpo de las leyes, y por la qual se arreglan de nuevo los quarteles de Madrid, y se crean Alcaldes de Barrio, se derogan todos los fueros privilegiados en materias criminales y de policía, conforme á lo pactado con el reyno en las condiciones de Millones: cuya providencia se extendió despues por otra cédula de 13 de Agosto de 1769 á todas las capitales del reyno en que hay Chancillerías y Audiencias.

9 La Real Audiencia de Mallorca en representacion que hizo al Señor Felipe V. [1] proponiendo varias dudas originadas de la nueva planta dada á aquel tribunal, dice, que por privilegio especial de aquel reyno no se podia imponer la pena de azotes por ningun delito, de donde se seguia multiplicarse estos, y creia la Audiencia, que el medio oportuno para contenerlos seria establecer allí el uso de dicha pena de azotes, á la qual tenian aquellos naturales mas

[1] *Aut.* 24. *duda* 7. *tit.* 2. *lib.* 3.

horror, que á la de galeras, presidios y otras.

10 La pena de azotes, si no hay mucha prudencia y discernimiento para imponerla, léjos de ser útil, puede ser muy perniciosa, y perder á los que son castigados con ella en lugar de corregirlos. Ella es ignominiosa y causa infamia, por lo que solo deberia imponerse por delitos, que en sí son viles y denigrativos, pues de lo contrario la pena misma causará un daño mayor acaso, que el que causó el delito, que es hacer perder la vergüenza al que la sufre, y ponerle por consiguiente en estado de que se haga peor en vez de enmendarse. Pero impuesta con prudencia y discrecion podrá ser útil y contener con su temor. Por regla general, en una nacion honrada y pundonorosa, qual es la Española, toda pena de vergüenza usada con prudencia, y haciendo distincion en el modo de imponerla, segun la distincion de clases y de personas, puede producir muy saludables efectos. Pero debe

siempre observarse la máxîma de no imponer jamas pena, que pueda ofender el pudor y la decencia, pues esto seria destruir las costumbres por las mismas leyes que deben introducirlas y conservarlas. Justamente se ha abolido por el no uso la disposicion de la *ley* 2. *tit*.9. *lib*. 4. *del Fuero Real*, la qual manda, que si algunos cometieren el pecado de sodomía, *amos á dos sean castrados ante todo el pueblo*, *é despues á tercer dia sean colgados por las piernas fasta que mueran*.

11 Creo tambien muy digna de reforma la práctica que actualmente hay, quando se sacan las mugeres á la vergüenza, de llevarlas desnudas de medio cuerpo arriba con los pechos descubiertos, lo que ciertamente ofende la modestia, y he visto causar este efecto aun en las gentes del baxo pueblo. En algunas partes van cubiertas por delante, dexándoles solamente descubiertas las espaldas, lo que es mas conforme á la decencia, y por otra parte no se disminuye nada la pena de la vergüenza.

PRESIDIOS Y ARSENALES.

12 La pena de galeras y de las minas del azogue, que ántes estaban en uso, se han abolido enteramente, y solo han quedado las de presidio, arsenales y trabajos públicos. La experiencia acredita todos los dias, que todos ó los mas que van á presidios y arsenales, vuelven peores, y algunos enteramente incorregibles. Esta es una prueba evidente, como se ha dicho ántes en este Discurso, de la indispensable necesidad que hay de casas de correccion, en las quales se establezcan trabajos y castigos proporcionados á los delitos y delinqüentes, pues siendo estos muchos y muy diversos, son muy pocos los géneros que hay de penas, de donde proviene, que estas no se puedan proporcionar debidamente á los delitos, de suerte que no sean mayores, ni menores de lo que corresponde, como es preciso, para que no sean inútiles ni perjudiciales.

13 En los arsenales y presidios no puede haber mas diferencia, que la del mayor ó menor tiempo; pero la qualidad y esencia de la pena siempre es la misma, y todos los condenados á ella son reducidos indistintamente á la misma condicion infame y vil, lo que debe borrar de sus ánimos toda idea de honraradez y de probidad: por lo qual es imposible, que estas penas puedan ser proporcionadas á todo género de delitos, de donde provienen sin duda los malos efectos que causan. En las casas de correccion, cuyo único objeto debe ser este, pueden establecerse varios trabajos, castigos y correcciones en bastante número para aplicar á cada uno el remedio y la pena que le sea mas proporcionada, y de esta suerte se conseguirá sin duda la correccion de muchos, que hoy se pierden por defecto de las penas.

14 En el territorio de cada tribunal superior de provincia deberia haber este destino, con lo qual se

evitarian muchos gastos, dilaciones, incomodidades de los reos, y de las Justicias, y tambien fraudes para eludir las penas. Las reglas para estos establecimientos deben ser fáciles y sencillas. Con un superior, pocos subalternos y algun auxîlio de tropa bastaria para gobernarlos.

15 Es verdad, que para algunos será infructuosa la correccion. En este caso deberán ser condenados á los trabajos públicos, al servicio de las armas, quando los delitos no sean incompatibles con él, y puedan ser útiles á la tropa los reos: tambien podrian aplicarse á las fábricas de salitres y de pólvora, y á las salinas, que es trabajo sencillo y de bastante fatiga. En América se destinan muchos reos á los obrages de paños, y á las panaderías, aunque en esto hay ciertos abusos originados de la dureza y codicia de algunos dueños de obrages y panaderías; pero estos fácilmente se pueden remediar por un Gobierno vigilante, si se tuviese por conveniente hacer seme-

jantes aplicaciones. Podria acaso proporcionarse tambien, que los hospicios de las capitales de provincia destinasen en su recinto algun lugar fuerte y separado de lo restante de su habitacion, en que se encerrasen algunos reos, y se les emplease en aserrar maderas, piedras, y hacer otros trabajos fuertes, para cuyo consumo pueda haber proporcion en las mismas capitales, quedando el producto para los hospicios, y aplicando á los reos el pre que se les habia de dar, si fuesen á presidio, ó á los trabajos públicos.

16 Si todo esto no alcanzase, deberán ser destinados á los presidios y arsenales; pero guardando siempre con toda exâctitud la sabia y prudente determinacion de la *ley* 13. *tit.* 24. *lib.* 8. *de la Recop.* en la qual se distinguen dos clases de delitos: una de los no calificados, que no suponen en sus autores un ánimo absolutamente pervertido, y suelen ser en parte efecto de falta de reflexîon, arrebato de

sangre, ú otro vicio pasagero: otra de aquellos delitos feos y denigrativos, que suponen por su naturaleza un envilecimiento y baxeza de ánimo con total abandono del pundonor en sus autores. Los que incurrieren en los primeros, deben ser condenados á presidio, segun la ley, y no dando allí motivo de otra calidad, deben ser tratados sin opresion ni vilipendio: los segundos deben ser destinados á los arsenales, aplicándolos á los duros trabajos de bombas y demas maniobras ínfimas, atados siempre á la cadena, sin arbitrio en los Gefes de los Departamentos para su alivio ni soltura, durante el tiempo de su condena.

17 Pero la misma ley manda justamente, *que no puedan los tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno; sino que á los mas agravados, y de cuya salida, al tiempo de la sentencia, se rezele algun grave inconveniente, se les pueda añadir la calidad de que no*

salgan sin licencia : y segun fueren los informes de su conducta en los mismos arsenales por el tiempo expreso de su condena, el tribunal superior, por quien fuere dada ó consultada la sentencia, pueda despues con audiencia fiscal proveer su soltura.

18 Seria muy conveniente, que los que fuesen condenados á presidios y arsenales, despues de cumplida su condena, no puedan entrar en la Corte y Sitios Reales, debiéndose expresar así por punto general en todas las sentencias, y se les obligue á volver á sus antiguos domicilios, para vivir en ellos aplicados á su oficio, si le tuvieren, ó con otra ocupacion honesta, sin que puedan irse á establecer á otra parte sin justa causa aprobada por la justicia, y llevando licencia de ella por escrito.

19 Para que esta providencia tenga efecto, es necesario, que las licencias que se dieren á los presidiarios cumplidos, contengan la expresa calidad de haberse de presen-

tar dentro del tiempo que se les señalará, segun las distancias, ante las Justicias de sus respectivos domicilios, para que estas tomen razon de dicha licencia, y den cuenta al tribunal que dió la sentencia: y el que fuere aprehendido sin licencia, ó pasado el término de ella, aunque la tenga, no se hubiere presentado á la justicia, deberá ser castigado como verdadero quebrantador del presidio.

20 En la regla general de no poder volver á la Corte y Sitios Reales los que cumpliéron su condena de presidio, no deben ser comprehendidos los que fueren vecinos de Madrid y de los Sitios, porque seria condenarlos á perpetuo destierro de sus hogares con detrimento y ruina de sus familias inocentes, á ménos de que la calidad del delito y circunstancias de la persona no pida que se agrave de esta suerte la pena. Pero nunca deberán quedar libres de la obligacion de presentarse á sus respectivas Justi-

cias y de no poderse establecer en otra parte sin su licencia. En Madrid deberán presentarse al Alcalde del Quartel en que fixaren su residencia, sin cuyo permiso no podrán establecerse fuera de Madrid, ni mudarse en él de quartel sin su noticia, para que la pase al Alcalde del otro quartel donde se mudare.

21 Para que todo esto tenga el debido efecto, deberá haber en todos los tribunales del reyno un libro general de reseñas, en donde se anoten todos los que fueren condenados á presidio y arsenales, su naturaleza, domicilio, edad, causa, dia, lugar y tiempo de su aplicacion ó condena, así como se mandó por la *ley* 8. *tit.* 24. *lib.* 8. *de la Recop.* que en las Salas del Crimen de las Chancillerías y Audiencias hubiese un libro á parte, en el qual se asentasen todos los condenados á galeras por los jueces inferiores y por las mismas Audiencias, expresando el lugar, la persona y el dia de la condenacion. Si

el domicilio del reo no fuere en el pueblo en donde reside el tribunal que hace la aplicacion, deberá pasar este á las Justicias de aquel un testimonio de la misma aplicacion, para que puedan observar, si el condenado cumple ó no con el precepto de volver al domicilio, y dar cuenta en caso de contravencion, para tomar las providencias correspondientes.

22 Con estas precauciones tan fáciles de tomar, se conseguirá fácilmente, que las Justicias de los pueblos velen sobre la conducta de los que han sido condenados á presidio, á los quales contendrá mucho este temor, para que no vuelvan á sus antiguas costumbres, y las Justicias podrán tambien ser responsables de las faltas, que por omision, mala fe, ó indebidas condescendencias tuvieren en el asunto, lo que no es posible pueda verificarse, permitiendo, como ahora sucede, que los que vuelven de los presidios, se establezcan adonde les pareciere.

23 Guardándose con exâctitud en la imposicion de las penas la graduacion que hemos dicho de trabajos públicos, aplicacion á las armas, presidios y arsenales, y establecidas debidamente las casas de correccion, puede formarse una escala de penas muy extensa y á propósito, para imponer á cada delinqüente la que sea mas útil y oportuna. Es verdad, que miéntras haya hombres habrá delitos, y es imposible extinguirlos; pero pueden minorarse, que es á lo que debe aspirar un Gobierno justo é ilustrado, y ciertamente no se conseguirá nunca, si no se guarda una exâcta y justa proporcion en las penas, y si al mismo tiempo no se procura dar por todos los medios posibles una buena educacion al pueblo, para evitar la ociosidad y la mendicidad, que son las fuentes mas fecundas de delitos y desórdenes.

24 Pero esta educacion debe comenzar desde los primeros años, porque despues por la mayor parte es

inútil é infructuosa. A un niño con facilidad y sin violencia se le enseña á habituarse al trabajo, y acostumbrado á él desde la tierna edad, conserva despues voluntariamente toda la vida esta inclinacion. Pero el que pasó la niñez, y por consiguiente la juventud en la ociosidad y holgazanería, es moralmente imposible, que se aplique á trabajar: y no teniendo con que subsistir, y con que fomentar los vicios, que son consiguientes á semejante vida, es preciso que recurra á medios ilícitos con detrimento de la sociedad. ¡Quanto mejor y mas conveniente seria prevenir con suavidad estos males por medio de la educacion, que haber de recurrir al rigor de las leyes para corregirlos! Si no se ponen los medios necesarios para dar indistintamente á todos los niños una educacion correspondiente á su clase, de qualquiera que sean, jamas se extinguirá la mendicidad, este recurso tan fácil y provechoso á los holgazanes y gente perdida, como fa-

tal y funesto á la sociedad. Todas las providencias que se tomen dirigidas á exterminar esta polilla de las costumbres y de la república, son justísimas, son necesarias, y contendrán en gran parte el mal; pero este se estará siempre reproduciendo á pesar del zelo y vigilancia del Gobierno, si no se cura en su raiz.

25 Entre los piadosos institutos de las Juntas de Caridad nuevamente establecidas en la Corte por el Gobierno, ninguno es mas útil y provechoso, que el de poner á oficio á los muchachos, que por imposibilidad de sus padres ó deudos se van criando en la ociosidad. Quantas solicitudes y cuidados se tomen en esta parte, son otros tantos servicios hechos á la patria y al Estado, y no hay expresiones bastantes para encarecerlos. Deberian propagarse estas Juntas en todo el reyno y en toda la nacion por los saludables efectos que pueden producir. Los padres, tutores y demas personas que tienen niños á su cargo, deben dar-

les educacion y destino correspondiente á su clase desde los primeros años. Pero si estos, olvidándose de lo que deben á Dios, á sus mismos deudos, y á la república, no cumplen con esta estrecha obligacion, deben suplirla con su autoridad los Magistrados, como verdaderos tutores de la república, y padres de la patria.

26 Tampoco debe permitirse en un buen gobierno, que los muchachos se apliquen á exercicios, que en llegando á cierta edad, ya no pueden usar, pues al mejor tiempo se hallan sin oficio, sin proporcion, ni gana de aprenderle, y por consiguiente precisados á mendigar expuestos á todos los excesos que trae consigo la ociosidad. Servir de lazarillo á un ciego, y ayudarle á cantar coplas, andar vendiendo espuertas de arena y ladrillo, y otros exercicios semejantes, en que se emplea un gran número de muchachos en el reyno, son de la clase que va dicha, y por consiguiente

no se debia permitir que se ocupen en ellos los muchachos. Por esta razon las leyes del reyno [1] sabiamente disponen, que los que piden limosna no puedan traer consigo hijo suyo, ni de otro, que pase de cinco años, y se manda á las Justicias tengan cuidado, de que dichos niños se pongan á servir con amos, ó á aprender oficios, *porque de traer los padres y madres sus hijos á pedir limosna*, dice la ley, *se amuestran á ser vagabundos, y no aprenden oficios.* Es tambien muy conveniente la disposicion de la *ley* 11. *tit.* 11. *lib.* 8. *de la Recop.* la qual manda, que las Justicias averigüen, *si los que tienen algunas tendezuelas con cosas de comer, y andan por las calles vendiendo frutas y otras cosas, son verdaderamente vagabundos, y se valen de este pretexto para vivir en los lugares: y averiguándolo, les impongan las penas establecidas.* ¡De quantos males se libertaria la república, si no hubiera

[1] *L.*11. *y l.*26. *cap.*7. *tit.*12. *lib.*1. *Recop.*

tanto ocioso en ella, y quanto se disminuiria el número de estos, si todos fueran aplicados desde sus primeros años á destinos correspondientes á su clase!

CARCEL.

27 Aunque la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos, como se ha dicho; sin embargo suele imponerse por pena en algunos delitos, que no son de mucha gravedad. Por esto, por la privacion de libertad, y por las incomodidades y molestias que indispensablemente se padecen en ella, puede contarse entre las penas corporales aflictivas: y si se atiende á las vexaciones y malos tratamientos, que los abusos introducidos por la codicia, dureza y mala fe de los subalternos hacen padecer á los miserables, que tienen la desgracia de estar allí encerrados, deberá reputarse por una de las mas graves.

28 La triste y enérgica pintura

que hace Mr. Brissot [1] de algunas cárceles y casas de reclusion de Francia, manifiesta, que entre nosotros se trata á los infelices reos con mas humanidad. Pero es preciso confesar, que tambien hay abusos entre nosotros. Hay exâcciones indebidas, hay opresiones injustas y acepcion de personas, regulada únicamente por el interes y codicia de los subalternos, en cuya utilidad ceden estos abusos, expresamente reprobados por las leyes [2]. Hay (y esto es lo peor) una perjudicialísima mezcla de toda clase de delinqüentes. El deudor, el enamorado, el contrabandista, el que delinquió mas por fragilidad, que por malicia y corrupcion, el que cometió alguno de aquellos excesos, que no son incompatibles con la hombría de bien, todos estos están confundidos con el ladron, con el asesino, con el blasfemo, con el perjuro, con el falsario. ¿Y que efec-

[1] *Tom.*1. *pág.*162.

[2] *Todo el título* 24. *lib.* 4. *Recop. y el tit.*29. *Part.* 7.

tos tan perniciosos no debe causar una mezcla y confusion tan extraña?

29 A la manera que en un grande hospital los hálitos corrompidos que despiden los diversos enfermos, inficionando el ayre, producen nuevas enfermedades que no habia, y hacen incurables las que no lo eran, así en una cárcel el trato de unos con otros y los malos exemplos mas contagiosos que las enfermedades epidémicas, cundiendo por todos como un cáncer, hace perversos á los que no lo eran, y consuma en su perversidad á los que ya lo eran, convirtiéndose de esta suerte las cárceles, destinadas para la custodia de los reos, en escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos á la república.

30 Este es en mi juicio el primer orígen de los malos efectos de las penas, de que hemos hablado: porque como los reos, que son condenados á ellas, salen ya pervertidos de las cárceles, y perdido en mucha parte ó en el todo el pudor y la ver-

güenza, creyendo que ya tienen poco ó nada que perder, se abandonan fácilmente á otros excesos mayores, hasta llegar muchos al estado de incorregibles. Por esta razon debería empezar desde aquí la reforma, si se quiere curar el mal en su raiz, como parece justo y correspondiente, y por la misma deberían tambien contenerse algunos jueces, que suelen tener demasiada facilidad en dar autos de prision.

31 Si las leyes con el justo fin de conservar á la nobleza sus privilegios, previenen que los hidalgos, que fueren presos, estén con entera separacion de los del estado llano [1], ¿por que, para libertar á la república de los males que causa la confusion y mezcla de los delinqüentes, no se han de separar estos tambien, segun sus diversas clases y condiciones?

32 Otro daño grave que hay en las cárceles, es la continua y forzada ociosidad en que viven los que están

[1] *L.* 11. *tit.* 2. *lib.* 6. *Recop.*

reclusos en ellas, con lo qual tienen mas tiempo y proporcion para pervertirse unos á otros. Este mal podria remediarse, á lo ménos en las cárceles grandes, estableciendo en ellas algunas labores simples y proporcionadas, en que pudiesen ocuparse los reos, tomando las precauciones oportunas, para impedir la fuga, ú otros inconvenientes que pudieran resultar. Bien conozco, que para poner en práctica todo esto habrá algunas dificultades; pero lo que no se intenta no se hace, y acaso la misma práctica haria ver, que son ménos y mas superables de lo que parece: y al cabo los bienes que de su execucion deben seguirse á la república, y los males que de no hacerlo se le originan, deben servir de un poderoso estímulo al Gobierno, para procurar vencer todos los obstáculos que puedan ofrecerse.

33 Mr. Necker, uno de los mas íntegros é ilustrados Ministros de Hacienda que ha tenido la Francia, en la cuenta de la administracion de

las rentas reales, que dió al Rey el año de 1781, le dice [1]: *Apénas se puede creer, que en un reyno como el de Francia la escasez de las rentas haya impedido constantemente, que se destinen fondos suficientes para los establecimientos de humanidad*, (habla de las cárceles) *al paso que tantos monumentos están manifestando por todas partes luxô y riqueza. Yo he creido, que á pesar de la guerra, debia proponer á V. M. que se ministrasen de su Real Erario diferentes socorros á las ciudades para mejorar sus cárceles. Estos socorros extraordinarios han sido á la verdad muy inferiores á las necesidades; pero V. M. acaba de mandar, que se construyan nuevas cárceles en París, á fin de separar los detenidos en ellas por deudas, de los que están encerrados por desordenes, ó por delitos. Con el plan que V. M. ha adoptado se conseguirá casi todo quanto se puede desear en este punto, y se trabaja con vigor en la execucion de sus Reales órdenes.*

[1] *Part.* 3. *pág.* 101.

34 *Finalmente las enfermerías de la cárcel del Parlamento eran tan intolerables por la estrechez del terreno, y por la falta de ventilacion, que los que por necesidad entraban en ellas, ya para asistir á los enfermos, ya para consolarlos en cumplimiento de su santo ministerio, estaban violentos, deseando por instantes salir y alejarse de allí, por el perjuicio que causaba á su salud el ayre infecto de aquellos lugares. De órden de V. M. se ha dispuesto otra enfermería muy conveniente y bien ventilada, con lo que se ha remediado un mal oculto, pero terrible: y todo esto se ha hecho á poca costa. Es sin duda dos veces benéfico un Monarca, quando lo es con economía, porque esta le proprociona medios para extender y multiplicar sus beneficios.*

35 Entre los que la Francia debe á su Soberano, no es el menor el que se ve en esta relacion de Mr. Necker, que tanta parte tuvo en él, inclinando el ánimo del Rey, naturalmente propenso á hacer bien á sus vasa-

llos, y sugiriéndole medios, sin embargo de la crítica constitucion de la guerra, para poner en práctica sus benéficas intenciones. ¿Por que no deberémos esperar nosotros otro tanto del zelo ilustrado de nuestros Ministros y de la notoria piedad de nuestro Soberano? Lo cierto es, que mil experiencias felices nos hacen ver todos los dias, que no está ménos dispuesto á quanto pueda redundar en utilidad y beneficio de los pueblos el piadoso y magnánimo corazon de Cárlos III. que el de Luis XVI.

DESTIERRO.

36 Segun la division que se ha hecho de las penas corporales, puede contarse entre ellas el destierro, ya por las incomodidades que causa, ya por las comodidades de que priva. Esta pena nunca debe imponerse á hombres depravados, que puedan inficionar á otros con su mal exemplo, pues no es justo, que por libertar del daño á un lugar, se vaya á causar á

otro, teniendo todos igual derecho á la proteccion y cuidado del Gobierno. Pero podrá imponerse útilmente á aquellos hombres, que conservando por otra parte la probidad y vergüenza, cometen ciertos excesos, que no son incompatibles con la hombría de bien y con el honor. Particularmente puede producir buenos efectos en las personas distinguidas por su nacimiento ó por sus empleos, si se sabe aplicar oportunamente.

EXTRAÑAMIENTO DEL REYNO.

37 Semejante al destierro, aunque mucho mas grave, es la pena de extrañamiento del reyno, de que usa el Príncipe en virtud de la potestad económica contra los eclesiásticos inobedientes, ó perturbadores del órden y tranquilidad pública, y á la qual regularmente acompaña la ocupacion de temporalidades y privacion de naturaleza. La facultad de imponer esta pena, sobre ser un derecho inmanente de la Magestad, y una de las mas principales preroga-

tivas de la Soberanía, es sumamente importante para contener á los eclesiásticos díscolos, que por sus privilegios y esenciones tienen cierta independencia, que sin este recurso sería sumamente perjudicial á la república.

§. IV.

De las penas de infamia.

1 Es la infamia una pérdida del buen nombre y reputacion, que un hombre tiene entre los demas hombres con quienes vive: es una especie de excomunion civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideracion, y rompe todos los vínculos civiles, que le unian á sus conciudadanos, dexándole como aislado en medio de la misma sociedad.

2 Esta terrible pena de la infamia usada con tino y discrecion podrá evitar muchos delitos, particularmente en un gobierno monárquico, cuyo principio es el honor. *Sigamos á la naturaleza*, dice el Presidente Montesquieu, *que ha dado á los*

hombres la vergüenza como su azote, y la mayor parte de la pena sea la infamia de sufrirla. Sería sin duda muy feliz la nacion, en la qual, como de los antiguos Egipcios refiere Diodoro de Sicilia [1], la infamia fuese la pena mayor y la mas temida de todas.

3 Hay infamia de hecho, é infamia de derecho. La primera depende única y privativamente de la opinion y concepto de los hombres, y así, propiamente hablando, no puede llamarse pena, porque no se impone por la ley, como la segunda. Mas para que esta no se inutilice, y cause los efectos correspondientes, es necesario que sea conforme á las relaciones y naturaleza de las cosas, pues si se declaran por infames acciones, que son de suyo indiferentes, se disminuye la infamia de las que son verdaderamente tales.

4 Igualmente es necesario que la ley no se oponga directamente á las

[1] *Lib.*1. *cap.*78.

opiniones generalmente recibidas, declarando infames ciertas acciones, que comunmente se creen laudables, ú honrosas: y esto, aun quando el comun concepto sea falso y efecto de una verdadera preocupacion, porque es tanta la fuerza de las opiniones de los hombres y de las preocupaciones, que regularmente prevalece sobre la autoridad de la ley y la inutiliza: por lo que en semejantes casos, en lugar de la pena de infamia, es menester buscar otra, que sea mas proporcionada al delito.

5 Nuestras leyes con el santo y saludable fin de extinguir los duelos declaran expresamente por infame este pernicioso delito, y á los que incurrieren en él [1]. Pero ni los duelos se han extinguido, ni ha pasado hasta ahora por infame un solo hombre, de tantos como han contravenido y contravienen todos los dias abiertamente á dichas leyes, sin em-

[1] *L.12. tit.8. lib.8. Recop. Aut.1. del mismo tit. y lib.*

bargo de sus repetidas publicaciones. ¡Tanta es la fuerza de la preocupacion!

6 La cobardía está justamente reputada, particularmente entre caballeros y militares, por una cosa fea y vergonzosa. La preocupacion y un falso punto de honor han introducido y arraigado profundamente la falsa y perniciosa máxîma, de que queda deshonrado el que recibe una injuria y no la venga con la espada, y que es un cobarde el que siendo provocado á un desafio, no le admite. De aquí resulta, que el duelo está reputado, aunque falsamente, en la estimacion comun por un acto de valor directamente opuesto á la cobardía y necesario para vindicar el honor ofendido: y así han sido inútiles los esfuerzos de la ley, que ha declarado infames unas acciones, que comunmente se creen generosas y necesarias para conservar el honor, porque el arma terrible de la infamia, mas está en el poder de la opinion y de las costumbres, que en la mano del legislador.

7 Por tanto la pena de infamia no debe imponerse con demasiada freqüencia, porque los efectos reales de las cosas que consisten en opinion, siendo demasiado continuos, debilitan la fuerza de la opinion misma. Por la misma razon tampoco debe recaer nunca la infamia sobre muchas personas á un tiempo, porque la infamia de muchos se resuelve en no ser infame ninguno. Pero siempre será muy útil esta pena, para reprimir cierto género de delitos, que se fundan en el orgullo y en una especie de fanatismo, para los quales no son convenientes las penas corporales y dolorosas, porque consiguen en el mismo dolor su gloria y alimento. Pero la ridiculez, el desprecio y la infamia refrenan poderosamente el orgullo de los fanáticos.

8 Despreciará uno de estos hasta la misma muerte: la sufrirá con intrepidez, creyendo, y haciéndo creer al vulgo ignorante, que padece una verdadera persecucion por la justicia, y que muere tan lleno de glo-

ria, como si fuera un Mártir. Pero no tendrá valor para sufrir el desprecio, y ser tenido por un fanático iluso, quando aspiraba á pasar por un héroe y valeroso defensor de la justicia y de la verdad.

9 Siendo una máxîma cierta y conforme á la razon, y á la humanidad, que ninguno debe ser castigado por delito ageno, por grave y enorme que sea, parece que la infamia, que es una gravísima pena, no deberia pasar de la persona del delinqüente. *El delito, ó la pena del padre no puede causar mancha ninguna al hijo, porque cada uno debe ser responsable solo de sus acciones, y no se constituye succesor del delito ageno* [1], dice el *cánon* 6. *causa* 1. *quest.* 3. tomado de una ley Romana [2], harto mas justa y equitativa que la que el astuto Eutropio sugirió al Em-

[1] *Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest. Namque unusquisque ex suo admisso sorti subjicitur, nec alieni criminis successor constituitur.*

[2] *L.* 26. *ff. de Poen.*

perador Arcadio [1], haciéndole decir, que los hijos de los reos de lesa Magestad deberian morir con sus padres, porque era de temer que los imitasen y fuesen tambien herederos de sus delitos. Razon digna de un ambicioso y cruel Eunuco, que con la multitud y atrocidad de las penas pretendia conservar la excesiva privanza y despotismo que exercia en la voluntad de su señor.

10 Con mas humanidad y generosidad pensaban los Pernanos baxo el gobierno de los Incas, entre los quales, quando un Curaca se rebelaba, aunque le imponian la pena capital, no quitaban el Estado al succesor, sino que se le daban, representándole la culpa y la pena de su padre, para que se guardase de hacer otro tanto [2]. Platon dice [3], que léjos de castigar á los hijos del delinqüente, deben ser elogiados, por-

[1] *L.5. §.1. C. Ad leg. Jul. Majest.*
[2] Garcil.*Coment. Real, part.*1. *lib.*2. *cap.*13.
[3] *Lib.*9. *de Legib.*

que no imitan á su padre. Síguese tambien un daño digno de consideracion, de que la infamia transcienda de la persona del delinqüente, y es, que para evitarla, se hacen extraordinarias diligencias por las personas cercanas á fin de impedir el castigo, de donde resulta, ó la impunidad absoluta, ó que no se observen las leyes con la puntualidad que corresponde, y se les busquen temperamentos y modificaciones con perjuicio del bien público, y de la recta administracion de la justicia.

§. V.

De las penas pecuniarias.

1 Las naciones septentrionales, que despues de haber invadido el Imperio Romano se estableciéron en sus provincias, de ningun género de penas hacian mas uso, que de las pecuniarias, como se ve por las leyes de estos diferentes pueblos, en las quales hasta los delitos mas graves se castigan con estas penas, ha-

ciendo la mas menuda y prolixa tasacion ó regulacion de ellas [1].

2 Los antiguos Germanos, de quienes saliéron todos estos pueblos, dice Tácito [2], que solo castigaban con pena capital á los traidores y tránsfugas, suspendiéndolos de los árboles, y á los cobardes, y á los que usaban torpemente de su cuerpo, ahogándolos en lugares cenagosos. Todos los demas delitos, hasta el homicidio, los castigaban con multas, que se aplicaban parte al Rey ó ciudad, y parte al ofendido, ó á sus deudos. Por el contrario de los Peruanos, dice Garcilaso [3], que baxo el Imperio de los Incas, *nunca tuviéron pena pecuniaria, ni confiscacion de bienes, porque decian, que castigar en la hacienda, y dexar vi-*

[1] *V. las leyes* 1. 3. 6. *tit.* 4. *lib.* 6. *Fuero Juzgo y otras.* El mismo espíritu domina en las leyes de los Burgundiones, Bayuvarios, Ripuarios, Saxones, Frisones, Lombardos, &c. como se puede ver en sus leyes penales.

[2] *De Morib. Germ. cap.* 12. *y* 21.

[3] *Coment. Real, part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 13.

vos á los delinqüentes, *no era desear quitar los malos*, *sino la hacienda á los malhechores*, *y dexarlos con mas libertad*, *para que hiciesen mayores males.* Tambien son enteramente desconocidas las penas pecuniarias entre los Chinos, segun refiere el P. du Halde [1].

3 Un legislador prudente seguirá el medio entre estos dos extremos. Ni castigará todos los delitos con penas pecuniarias, ni las excluirá enteramente de su legislacion. Si se considera el grande aprecio que hacen los hombres del dinero, y el apego que comunmente tienen á él, es fácil conocer, que las penas pecuniarias pueden servir muchas veces, para castigar oportunamente y contener cierto género de excesos, sin recurrir á penas mas graves. Pero como todas las penas de qualquiera clase que sean, deben tener cierta analogía con los delitos, y derivarse de su naturaleza; segun se

[1] *Descrip. de la Chin. tom.* 2.

ha dicho, nunca será conveniente castigar con penas pecuniarias los delitos que perturban la seguridad personal de los ciudadanos, ó la de la sociedad, porque esto seria lo mismo que excitar y dar en cierto modo licencia, para delinquir á los ricos y poderosos, á quienes sus riquezas hacen regularmente mas altaneros y atrevidos. Las historias nos enseñan, que en los tiempos en que en la Europa se redimian con dinero los homicidios y otros delitos atroces, por todas partes reynaban el furor, las iras, las muertes y las discordias públicas y domésticas.

4 No pretendo excluir por esto el resarcimiento de los daños y perjuicios que con el delito suele causarse al ofendido, ó á su familia; porque esto mas que pena pecuniaria es una justa y debida recompensa, dictada por la razon y por la naturaleza misma. Hablo solo de la pena que precisamente se impone para castigar el delito por la vindicta

pública, y de esta digo, que no debe ser pecuniaria en los delitos de que voy hablando, porque ni tiene analogía con ellos, ni se deriva de su naturaleza, y por consiguiente no hay la debida proporcion entre la pena y el delito.

5 Aun en aquellos casos, en que se pueda usar de la pena pecuniaria, por ser proporcionada á la naturaleza del delito, es necesaria mucha prudencia y discrecion, así en las leyes para establecer dichas penas, como en los jueces para imponer las multas, quando la ley no fixa la cantidad. Una multa indiscreta es capaz de perder una familia sin corregir al delinqüente. Por regla general, nunca deben tener efecto las multas y penas pecuniarias, quando para exîgirlas es necesario privar en todo ó en parte á los multados de los medios, é instrumentos necesarios para el exercicio de su oficio ó profesion, en cuyos casos debe tener lugar aquel axîoma comunmente recibido: *el que no tiene bienes, pague*

con su cuerpo [1]. Hacer lo contrario, será convertir el antídoto en veneno, y valerse de las penas para destruir familias, siendo su objeto corregir y mejorar á los delinqüentes.

6 Supuesta la debida proporcion entre el delito y la pena pecuniaria, podrá ser esta muy útil para reprimir la insolencia de los ricos, que abusando de sus riquezas, delinquieren fiados en ellas, y para contener las transgresiones contra las leyes y ordenanzas de policía. Tambien será muy oportuna para castigar la avaricia de los jueces y otras personas públicas, que fueren legítimamente convencidas de cohechos y venalidades, pues no puede haber cosa mas justa, que los que abusando de su oficio, se han enriquecido á costa y con perjuicio del público, sean privados de unos bienes tan ilícitamente adquiridos. Pero en este caso seria muy conforme á la equidad y á la justicia, que estas penas y multas se invirtiesen

[1] *Qui non habet in aere, luat in corpore.*

todas en beneficio público de los pueblos que han sufrido las extorsiones.

7 Si las penas pecuniarias, como se ha dicho, no deben ser tales, que por su exceso opriman y pierdan al delinqüente, tampoco deben ser tan ligeras, que se desprecien, y no produzcan efecto ninguno, pues siempre que la utilidad ó complacencia que resulta de un delito, es mayor que el daño ó incomodidad que causa la pena, los hombres se determinan fácilmente á delinquir, y habrá en este caso muchos que, como aquel ímprobo Neracio, de quien hace mencion Aulo Gelio [1], compren con su dinero el torpe deleyte de burlarse de los hombres y de las mismas leyes.

8 Las penas pecuniarias tienen una íntima y necesaria dependencia del aprecio y estimacion de la moneda, que se aumenta ó disminuye á proporcion de la abundancia ó escasez que de ella hay en un pais: y

[1] *Noct. Attic. lib.*10. *cap.*1.

por esto ningunas penas tienen tanta necesidad de alterarse de tiempo en tiempo como las pecuniarias. La Emperatríz de las Rusias en la instruccion que hizo para la formacion de un nuevo Código de leyes, dice; que seria conveniente renovarlas de cincuenta en cincuenta años. A lo ménos es evidente, que en el transcurso de uno ó dos siglos deben padecer muchas alteraciones. La pena pecuniaria, que ahora doscientos años seria sin duda bastante para contener y precaver algun delito, hoy se despreciará, y se quebrantará fácilmente la ley que la impone. ¿Quien será hoy el hombre tan miserable, que pueda hacerle impresion y contenerle una multa de treinta maravedises por exemplo? En este caso están puntualmente muchas de nuestras leyes antiguas, y así es necesario reformarlas en esta parte, acomodándolas al tiempo presente y á las actuales circunstancias de las cosas.

CONFISCACION DE BIENES.

9 Entre las penas pecuniarias, propiamente hablando, debe contarse tambien la confiscacion de bienes. Es un problema no muy difícil de resolver, si de este género de pena, atendida su naturaleza y efectos, se sigue mas perjuicio que utilidad á la república. Lo cierto es, que las confiscaciones hacen sufrir al inocente la pena del reo, y conducen tal vez á los inocentes mismos á la desesperada necesidad de cometer delitos. ¡Que espectáculo tan terrible ver una familia despeñada en el abismo de la miseria y de la infamia por los delitos que otro ha cometido!

10 Los Romanos no usaban de esta pena ántes de Julio César, de quien dice Suetonio [1], refiriéndose á Ciceron, que para agravar las penas de los delitos, impuso á los parricidas la confiscacion de todos los bienes, y de la mitad de ellos á to-

[1] *In Caesar. c.* 42.

dos los demas delinqüentes. Esta ley de César parece que despues de él no tuvo observancia por algun tiempo en Roma, como se infiere de Juvenal [1], que entre los vicios de su tiempo cuenta las condenaciones, que él llama inútiles, porque eran desterrados los reos, dexándoles sus bienes. Pero despues los Emperadores, para aumentar y enriquecer el erario promulgáron varias leyes [2], por las quales se determina, que toda pena capital, de deportacion, ó de servidumbre contenga tácitamente la confiscacion de todos los bienes de los reos, aun quando no se exprese en la sentencia. ¡Leyes inhu-

[1] *Quid referam, quanta siccum jecur ardeat ira:*
Quum populum gregibus comitum premit hic spoliator
Pupilli prostantis? & hic damnatus inani
Judicio (quid enim salvis infamia nummis?)
Exsul ab octava Marius bibit, & fruitur Diis
Iratis: at tu victrix provincia ploras.
Satyr. 1. v. 45.

[2] *L. 1. y 2. ff. de Bon. damn. l. 2. y 4. C. de Bon. proscript.*

manas y terribles, capaces de destruir una república por aumentar un erario!

11 Así parece que lo creyó el prudente legislador Justiniano, y en la *novela* 17. *cap.* 12. mandó, que los bienes de los condenados pasasen á aquellos parientes, á quienes deberian ir segun las leyes. Es digna de ponerse aquí á la letra esta sabia constitucion por la equidad que contiene, y por las sólidas razones en que se funda [1]. *Conviene*, dice el Emperador á Triboniano, *que pongas todo cuidado en castigar á los que lo merecen; pero sin llegar á sus bienes, los quales deben pasar á sus parientes y*

[1] *Oportet autem te, & in hoc omnem ponere providentiam, quum aliquis dignus apparuerit poena, illum quidem punire, res autem ejus non contingere, sed sinere eas generi, & legi, & secundum illam ordini.* Non enim res sunt quae delinquunt, sed qui res possident; *at illi reciprocant ordinem: eos qui digni sunt poena dimittunt, illorum autem auferunt res*, alios pro illis punientes, quos lex forte ad illorum vocavit successionem.

á los que les corresponden por la ley, segun el órden establecido por ella, pues no son las cosas las que delinquen, sino los que las poseen: *y es invertir el órden, quitar los bienes á los delinqüentes, y dexar libres sus personas*, castigando de esta suerte en lugar de ellos á otros que son llamados tal vez por la ley á la succesion.

12 Es cosa muy extraña, que sin embargo de las sólidas razones, que obligáron á Justiniano á hacer esta constitucion, y que son generales á todos los casos, la hubiese restringido despues por la *novela* 134. *cap. últ.* en la qual determina, que á ningun condenado, por qualquier delito que sea, se le confisquen los bienes, si tuviere ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, y en falta de ellos se aplique al fisco, reservando á la muger la dote y donacion *ante nuptias*. Pero de esta regla excluye el delito de lesa Magestad, en el qual dice, que se hayan de guardar las leyes de sus antecesores, que imponen la confiscacion de to-

dos los bienes, y solo quiere que se exceptúe la dote de la muger.

13 Nuestras leyes determinan en substancia lo mismo que esta última constitucion de Justiniano, de la qual parece haberse tomado la *ley* 5. *tit.* 31. *Part.* 7. con la diferencia de no hablar de la dote de la muger (la qual se manda reservar por la *ley* 2. *tit.* 2. *de la misma Partida*) y de extenderse á mas casos la confiscacion. *E aun decimos* (dice la ley citada), *que á ningund ome por yerro que haya fecho, non deben ser tomados todos sus bienes, si oviere parientes, de los quales suben ó descienden por linea derecha del parentesco fasta el tercero grado; fueras ende el que fuese juzgado por traydor, segund dice en el título de las trayciones, ó en otros casos señalados, que son escriptos en las leyes de este nuestro libro, en que señaladamente los mandase tomar.*

14 Las utilidades que pueden seguirse de las confiscaciones, no son ciertamente comparables con los males que deben causar por su natura-

leza misma, particularmente si son muy freqüentes. Tampoco son muy compatibles con el suave y templado gobierno de una Monarquía, en la qual por otra parte tienen los Príncipes muchos y grandes recursos para mantener todas las obligaciones y el esplendor de la Corona, sin necesitar de los despojos de los vasallos para enriquecerla.

15 Estas razones me inclinaban á creer, que acaso seria útil abolir enteramente la pena de confiscacion, como lo han hecho los Estados Generales de las Provincias Unidas por una ley publicada en 10 de Agosto de 1778. En algunas provincias de Francia, particularmente en las comprehendidas baxo el nombre de Pais de derecho escrito, no hay lugar á la confiscacion en ningun delito que no sea de lesa Magestad. [1] La *ley* 2. *tit.* 26. *Part.* 7. dice, *que los bienes de los que son condenados por he-*

[1] Muyart de Vouglans, *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, *part.* 1. *liv.* 2. *tit.* 6. *n.* 4.

reges, ó que mueren conocidamente en la creencia de la heregía, deben ser de sus fijos ó de sus descendientes dellos: é si los non ovieren, mandamos que sean de los mas propincos parientes católicos dellos. Pero si por otras razones superiores, que yo no alcanzo, pareciere conveniente conservar la pena de confiscacion en uno, ú otro delito muy atroz, á lo ménos es cierto, que deberia restringirse todo lo posible, y aun en los casos en que hubiese de quedar, la razon y la humanidad piden, que se haga distincion de bienes, y solo tenga efecto la confiscacion en aquellos que hubiesen sido adquiridos por el mismo delinqüente, y no en los que por derecho y sin arbitrio suyo deben transmitirse á los succesores, á quienes con la confiscacion absoluta se priva sin culpa suya de un derecho legítimamente adquirido. Una ley Romana [1] despues de haber dicho, que por

[1] *L. 3. ff. de Interd. & releg.*

el delito del padre pierde el hijo los bienes que le habian de venir por su padre , añade : *pero aquellos que les vinieren por sus parientes , por la ciudad ó por la naturaleza de las cosas , deben quedarles ilesos , porque se los diéron sus mayores , y no su padre* [1] .

16 No pretendo tachar de injustas , é iniquas las leyes que imponen las confiscaciones. Sé muy bien , que el daño que un hijo , por exemplo, sufre por la confiscacion de su padre , no es pena , que esto seria injusto , é iniquo ; sino una calamidad que indirectamente le viene por el delito del padre. Pero de qualquier naturaleza que sean los bienes , y por atroz que sea el delito , me atrevo sin rezelo á decir , que es una cosa muy inhumana y cruel , precipitar con la confiscacion en el abismo de la miseria á una familia inocente por los delitos que no ha cometido. No

[1] *Quae vero non à patre , sed à genere , à civitate , à rerum natura tribuerentur , ea manere eis incolumia... Non enim haec patrem sed majores eorum eis dedisse.*

temo hablar de esta suerte en un tiempo en que tenemos la dicha, de vivir baxo el felicísimo gobierno de un Príncipe piadoso y benigno, padre mas que señor de sus vasallos, y de quien sin lisonja ni adulacion alguna puede con toda verdad decirse, lo que el ilustre panegirista del grande Emperador Trajano decia en otro tiempo [1] : *Es muy grande gloria para los Príncipes, que sea vencido las mas veces el Fisco, cuya causa solo es mala, quando gobierna un Príncipe bueno.*

§. VI.

Del tormento.

Mentietur in tormentis qui dolorem pati potest: mentietur qui non potest.

Quintil. Instit. Orat. V. 4.

1 El tormento es comunmente reputado por una de las pruebas y me-

[1] *Praecipua Principum gloria est, ut saepius vincatur fiscus, cujus mala causa numquam est nisi sub bono Principe.* Plin. *Paneg. c.* 26.

dios que hay para descubrir la verdad. Por esto extrañará acaso el lector, que se trate de él en este Discurso, cuyo objeto son las penas, y no las pruebas de los delitos. Pero como yo estoy íntimamente persuadido, á que el tormento es una verdadera y gravísima pena, y solo creo, que es una prueba, no de la verdad, sino de la robustez ó delicadeza de los miembros del atormentado, una prueba (permítaseme esta expresion) una prueba de bomba judicial, por eso me ha parecido que debia tratar de él aquí, despues de haber exâminado la naturaleza, calidades y circunstancias de las demas penas.

2 Los mismos autores criminalistas mas adictos al tormento hablan de él en términos, que manifiestan bastantemente, que si no le tienen por una verdadera pena, le reputan á lo ménos por una cosa tan atroz y tan terrible como la misma muerte. Farinacio [1] y otros autores que

[1] *De Indic. quaest.* 37. *n.* 118.

cita, dicen, que no es lícito atormentar á ninguno sin indicios, en tanto grado, que si algun juez intentase hacerlo, se le puede resistir hasta matarle, sin incurrir en la pena ordinaria. Si esta doctrina es cierta, el tormento es igual á la pérdida de la vida, pues solo por conservarla es lícito matar al injusto agresor, quando no se puede defender de otro modo. ¿Y que prueba es esta tan dura y tan inhumana, que se iguala con la misma muerte? Llámesele prueba, llámesele medio para descubrir la verdad, dénsele todos los nombres que se quiera, para paliar su dureza y rigor, lo cierto es, que sus efectos son tan terribles y dolorosos, como los de las mas atroces penas: y si despues de todo esto, esta llamada prueba es inútil para descubrir la verdad, ¿quien no ve, que por sola esta razon deberia proscribirse enteramente de la república?

3 Lo particular es, que el mismo Farinacio, que da licencia para matar impunemente al juez que in-

tentare atormentar sin indicios, dice en otra parte, que si los delitos fueren atroces, y los sospechosos hombres de mala fama, se les puede atormentar con indicios ménos suficientes ó leves, que segun él mismo, son aquellos que fácil y ordinariamente pueden no ser indicios, que es casi lo mismo que decir, que se puede atormentar sin indicios. Pero en otro lugar lo asegura expresamente, cuya doctrina sigue Quevedo [1], diciendo, que el mesonero, ventero, sus domésticos y familiares, siendo viles, *podrán ser atormentados sin indicios por el hurto cometido en los lugares que guardan, ó en sus mesones, solo por esta sospecha, y de que como viles habrán podido cometer esta baxeza, segun Farinacio.* No es fácil conciliar la sentencia de ser lícito matar al juez que intentare atormentar sin indicios, con la de que se puede atormentar con solo la sospecha, de que uno puede haber come-

[1] *De Indicios y tormentos, part.* I. *cap.* I. *pág.* 8.

tido un delito. Pero á estos absurdos y contradicciones [1] se exponen los que quieren defender el tormento: y no es extraño, pues las mismas leyes por la naturaleza misma de la cosa no han podido dexar de incurrir en cierta especie de contradiccion, como se verá despues.

4 Si el tormento se mira como pena, no hay caso ninguno en que

[1] Esto es tán cierto, que obligó á D. Lorenzo Matheu, hombre docto y juicioso, á decir, que la tortura es enteramente arbitraria, y los autores tratan de ella con tanta incertidumbre y variedad, que muchos de ellos se contradicen á sí mismos, de suerte, que se pueden alegar en pro y en contra sobre un mismo asunto. *Quaestionem aggredimur*, dice, *meo quidem judicio prorsus arbitrariam, quum arbitrio boni ac prudentis judicis relicta sit tota materia torturae, à quo dimanat, quod tam varie à Doctoribus criminalis doctrina passim traditur, ita ut plures sibimetipsis contrarii reperiantur, & non semel, sed saepius qui affirmativam sententiam tuentur, pro negativa adducantur, & è contra, quod cuicumque quaestionem nostrae controversiae speculanti clarissimè constabit. Tract. de Re crimin. quaest.*26.

pueda imponerse. No quando el delito está plenamente probado, pues seria una tiranía cruel atormentar á un hombre, solo por saber con violencia de su boca lo que ya está legítimamente averiguado. No ignoro que algunos autores dicen, que en delitos atrocísimos, en que conviene hacer un pronto y exemplar castigo, se puede atormentar al reo convencido, para que confesando en el tormento, se execute luego la sentencia sin embargo de apelacion. ¡Opinion inhumana, que autoriza un medio injusto, para cometer otra injusticia, qual es privar al reo de un recurso que la naturaleza ha concedido á todo hombre! Como si todo delito, sea el que fuere, no debiera castigarse con la mayor prontitud posible, pero sin atropellar los derechos de la naturaleza.

5 La injusticia de esta sentencia se hace mas notable, si se advierte, que segun la opinion comun, si un juez atormentase de hecho á un reo convencido, y este negase en el

tormento, quedan las pruebas en el mismo estado y con el mismo vigor que tenian ántes. De suerte, que la negacion del reo en el tormento, no solo no invalida en este caso; pero ni aun debilita las pruebas hechas contra él; pero su confesion arrancada con violencia por el dolor da á las mismas pruebas una fuerza que ántes no tenian.

6 El Católico y prudente Rey Felipe II. por un edicto criminal de 9 de Julio de 1570, que refiere Van-Espen [1],

[1] *Quum probatio certa, & indubitata fuerit, inhibemus, ne inflicta in reos tormentis quaestio adhibeatur, abrogantes etiam in hoc casu quamlibet consuetudinem, statutum aut usum contrarium, quae potius tamquam abusus reputanda sunt.* Van-Espen *Jus Ecclesiast. univers. part.* 3. *tit.* 8. *cap.*3. *tom.*2. *edit. Lovan.* Lo mismo se determina en la *ley* 2. *tit.*1. *lib.*6. *Fuer. Juzg. Si el acusador*, dice la ley, *ó por sí mismo, ó por otre demostra el fecho todo como andido* (como sucedió) *á aquel á quien acusó, ántes que dé el escripto al juyz, así como es de suso dicho, el juyz non lo deve mas atormintar, poys* (pues) *que descobierto es por aquel que lo acusó.*

prohibió en los Paises Baxos la aplicacion del reo á la tortura, quando está plenamente probado el delito, declarando por abuso qualquiera costumbre, estatuto ó uso en contrario.

7 Tampoco puede imponerse el tormento, si se reputa por pena, quando el delito no está plenamente probado, porque las leyes y la misma razon prohiben, que se pueda imponer pena á un hombre miéntras se duda, si es reo ó inocente, y ninguno puede ser tenido por reo ántes de ser legítimamente declarado por la sentencia, y despues de esta no se le puede imponer otra pena que la determinada por la ley. ¿Que se diría de un juez, que á un reo indiciado y no convencido, le condenase á los duros trabajos de un arsenal, para que con la molestia y opresion del trabajo confesase el delito que se le imputaba? Pues no hay otra diferencia entre el tormento y los trabajos del arsenal, sino que los dolores del tormento son mas prontos, pero mas

eficaces para arrancar la confesion que se solicita: y esto mismo hace ver, que el tormento es una verdadera pena con nombre de prueba.

8 D. Pedro de Castro, acérrimo defensor y protector de la tortura, dice [1], *que no es necesario quitar al tormento el nombre de pena, para salvar lo justo de él, porque la sospecha justa es punible.* Segun esto, la sospecha que resulta contra el reo indiciado, se castiga con el tormento, y por consiguiente deben quedar enteramente purgados los indicios. ¿Y como nos compondrá D. Pedro de Castro con esta doctrina la práctica comun tan defendida por él mismo, de declarar en la sentencia de tormento, que las probanzas, indicios y presunciones, que resultan del proceso, queden en todo su vigor y fuerza, para imponer la pena extraordinaria á los reos negativos, siendo un principio constante en el derecho y conforme á la razon, que

[1] *Defensa de la tortura, part.* 2. *pág.* 128.

ningun delito se puede castigar dos veces?

9 Pero supongamos, que el tormento no es pena, sino una prueba, y medio para descubrir la verdad. Digo, que es una prueba no solo sumamente falible, sino enteramente inútil para el fin que se solicita, y una prueba tan disigual, que en ella el inocente siempre pierde, y el delinqüente puede ganar: porque, ó confiesa el inocente, y es condenado, ó niega, y despues de haber sufrido el tormento, que no merecia, sufre tambien una pena extraordiaria, que tampoco merece; pero el delinqüente tiene un caso favorable, que es quando tiene constancia para negar, y se libra de la pena que merecia.

10 Es una prueba muy falible, porque como dice Quintiliano, mentirá en el tormento el que puede sufrir el dolor, mentirá tambien el que no le puede sufrir. El facineroso robusto (y regularmente lo son todos, ó los mas) que tiene resistencia para

sufrir el dolor, mirará la muerte como mayor mal, y para evitarla negará el delito que ha cometido. El inocente débil, que no puede sufrir el dolor, le mirará como mayor mal que la muerte, y para evitarle tomará el camino mas corto, que es imputarse el delito que no ha cometido. Esto es muy conforme á la natural condicion del hombre, á quien la naturaleza misma enseña á escoger entre dos males necesarios el menor, ó el que le parece tal. Con mucha razon dice la Bruyere, que el tormento *es una invencion maravillosa y segura, para perder á un inocente débil, y salvar á un facineroso robusto.*

11 *Se duda*, dice S. Agustin,[1] *si uno ha cometido un delito, y para saberlo se le pone al tormento. Si está inocente, sufrirá por un delito incierto una pena ciertísima: no porque se sepa que ha cometido el delito; sino porque no se sabe, que no le ha come-*

[1] *De Civit. Dei, lib.*19. *cap.*6.

tido, y de esta suerte la ignorancia del juez muchas veces es causa de la calamidad del inocente. Pero lo mas intolerable y digno de llorarse con fuentes de lágrimas es, que atormentando el juez al acusado, por no quitarle la vida, si era inocente, por la miseria de esta misma ignorancia mata atormentado, é inocente á aquel mismo que atormentó por no quitarle la vida, si acaso estaba inocente: porque si el que fué injustamente acusado, por no poder sufrir los tormentos, escogiere la muerte, dirá que cometió el delito que no ha cometido, y despues de condenado y muerto, aun no sabe todavía el juez si condenó á un inocente ó á un culpable.

12 Es muy sólido y muy convincente este razonamiento de San Agustin, para dexar de conocer y confesar la grande falibilidad de la prueba del tormento: y de esta falibilidad síguese necesariamente su inutilidad, pues todo medio, por el qual no se consigue el fin para que se estableció, debe reputarse por en-

teramente inútil, y en este caso está el tormento. Así parece inferirse de las mismas leyes. El fin de estas en establecerle, fué poder imponer al reo la pena correspondiente, completando con su confesion la prueba que estaba incompleta. Pero las mismas leyes declaran esta confesion por de ningun valor y efecto, puesto que para que le tenga, requieren precisamente, que se haya de ratificar fuera del tormento, y si en la ratificacion niega el reo lo que afirmó en el tormento, debe ser absuelto, segun la ley [1]. He aquí una contra-

[1] *Ley* 26. *tit.* 1. *Part.* 7. „E si por su conoscencia (por su confesion), nin por las „pruebas que fueren aduchas contra él, non „lo fallare en culpa de aquel yerro, sobre „que fué acusado, *dévelo dar por quito, é* „*dar al acusador aquella mesma pena, que* „*daria al acusado.*" *La ley* 4. *tit.* 30. *Part.* 7. dice: „E si por aventura negase otro dia de„lante del judgador lo que conosciera (lo „que habia confesado) quando lo atormentá„ron... dévenlo aun meter otra vez á tormen„to: é si estonce non conosciese el yerro, „*dévelo el judgador dar por quito.*" *La ley* 2. *tit.* 1. *lib.* 6. *Fuero Juzgo*, dice: *Si el tormin-*

diccion, solicitar la ley la confesion del reo para condenarle, y no darle fe á esta misma confesion.

13 D. Pedro de Castro dice [1], *que el pedir la ratificacion fuera del tormento, no pudo ser por no dar fe á la confesion del reo, sino por puro favor que los legisladores han querido hacerle.* De suerte que mira esta providencia de la ley como un acto de

tado manifesta que fizo aquel pecado, deve ser penado por ello, é si lo non manifesta, el que lo acusó deve aver la pena que es dicha en la ley. Esta pena es, que el acusador se haga esclavo del atormentado.

Segun el contexto de estas leyes no alcanzo, en que pudiéron fundarse los autores para decir, que la absolucion que conceden al que no confiesa en el tormento, debe entenderse de la pena ordinaria, mas no de la extraordinaria, siendo así, que no solo reputan por suficientemente purgados los indicios; sino que declaran inocente al que no confiesa en el tormento, pues de otro modo no impondrian pena al acusador, que es lo mismo que declararle por calumniador. Sin embargo, no hay otro fundamento para imponer la pena extraordinaria á los reos negativos, que la interpretacion de los autores.

[1] *Def. de la tort. pág.* 30.

supererogacion y de pura misericordia. Pero yo creo, que es un acto de rigurosa justicia, muy propio de la equidad de los legisladores, y sin el qual seria notoriamente injusta la ley.

14 ¿Como podia ocultárseles, conociendo la condicion del hombre y su natural sensibilidad, que una confesion arrancada con violencia por medio de agudísimos dolores y tormentos no podia tener toda la certeza que buscaban, para completar la prueba? ¿Como podian ignorar, que el inocente débil estaba evidentemente, y casi con necesidad expuesto á ser víctima de los dolores que no podia sufrir? Esto les obligó, no por misericordia, como quiere D. Pedro de Castro, sino por rigurosa justicia á buscar en otra parte la certeza que no hallaban en la confesion forzada, y creyéron hallarla en la ratificacion libre, por cuyo motivo diéron á esta la fe y crédito que negáron á la confesion: aunque en esto no dexa

de haber tambien alguna contradiccion (tal es la naturaleza de la cosa), porque conociendo, que la confesion arrancada en el tormento no tiene fuerza, se vuelve á atormentar al reo, si no ratifica libremente lo que confesó. Pero al cabo siempre se verifica, que la fe que se niega á la confesion, se da á la ratificacion, porque si un reo atormentado segunda ó tercera vez, segun la calidad del delito, niega en las ratificaciones lo que habia confesado en el tormento, debe ser absuelto, segun la ley, pues la imposicion de la pena extraordinaria se ha introducido por la interpretacion de los autores, y confirmado por el uso, aunque novísimamente está autorizado este uso entre los soldados por una ordenanza militar [1].

15 Pregunta D. Pedro de Castro, que ¿*en que ley consta, que el pedirse la ratificacion, es por tenerse por de ninguna fe la confesion*? No era necesario

[1] Ordenanzas de S. M. para el régimen de sus exércitos. *Trat.*8. *tit.*5. *n.*49.

que constara de ninguna ley, atendidas las razones que van expuestas. Sin embargo es muy fácil responderle, que consta no ménos que de dos leyes, que lo dicen con toda claridad. La una es la *ley* 4. *tit.* 30. *Part.* 7, cuyas palabras son las siguientes: *E si estonce non conosciese el yerro* (el reo) *débele el judgador dar por quito, porque la conoscencia* (la confesion) *que fué fecha en el tormento, si non fuere confirmada despues sin premia, non es valedera.* La otra ley es la 5. *tit.* 13. *Part.* 3. que dice así: *Por premia de tormentos ó de feridas, ó por miedo de muerte, ó de desonra que quieren facer á los omes, conoscen* (confiesan) *á las vegadas algunas cosas, que de su grado non las conoscerian. E por ende decimos, que la conoscencia que fuere fecha en alguna destas maneras, que non debe valer, nin empece al que la face. Pero, si aquel que fué atormentado conosciese despues, de su llana voluntad é sin tormento, aquello mismo que conosció, quando le facian la premia, é fincó despues en aquella conos-*

cencia , non le dando despues tormentos nin le faciendo menaza de ellos , valdrá bien así como si lo oviese conoscido sin premia ninguna. Dar fe á una cosa, y declararla al mismo tiempo inválida , para aquello mismo para que se le da fe , es una contradiccion que no conciliará tan fácilmente D. Pedro de Castro : y así es preciso que confiese , ó que estas leyes se contradicen , ó que no dan crédito á la confesion forzada en el tormento.

16 Tampoco es fácil conciliar la ley de la tortura con el espíritu de otras leyes. Mandan estas á los jueces , que quando exâminen á los reos, lo hagan por preguntas generales y nunca por particulares ó sugestivas. La razon que da la ley es : *ca tal pregunta como esta non seria buena , porque podria acaescer que le daria carrera para decir mentira* [1]. Si la pregunta de un juez hecha sin violencia ni amenazas , solo por dirigirse á objeto determinado puede inducir al reo

[1] *L.3. tit.30. Part.7.*

á decir mentira , ¿quanto mas podrá y deberá inducirle el rigor del tormento , quando se le da determinadamente , para que confiese el delito que se le imputa ? Y si los dolores le pueden obligar á mentir contra sí mismo , ¿ quanto mas podrán obligarle á mentir contra otro , quando se le atormenta para que descubra cómplices ? Si las preguntas sugestivas están prohibidas justamente por la ley , porque pueden inducir á decir mentira , el tormento , que no solo puede inducir , sino tambien forzar á decirla , ¿por que no se ha de prohibir igualmente?

17 He dicho , que el tormento se da al reo determinadamente para que confiese el delito que se le imputa. D. Pedro de Castro [1] asegura , que el decir esto , *es un manifiesto absurdo*. Pero la razon es clara. Si el reo confiesa , se libra luego del tormento : si niega , se le estrecha todo quanto se le puede estrechar:

[1] *Def. de la tort. pág.* 17.

si habiendo confesado, niega en la ratificacion, se le vuelve á atormentar hasta tercera vez, y aun quando en todas las ratificaciones niegue lo que confesó en el tormento, se le impone una pena extraordinaria, segun la costumbre autorizada por la práctica, y en los Militares por la ley. Esto supuesto ¿quien podrá hacer creer al reo, que no se le atormenta precisamente para que confiese el delito?

18 *El tormento se da*, dice Castro, *para saber la verdad del mismo delinqüente acusado*. Es cierto, que este es el fin de la ley; pero el acusado por las razones expuestas debe estar firmemente persuadido, á que solo se tendrá por verdad su confesion, y de ningun modo su negacion. De donde se infiere, que aun quando el tormento no fuera sugestivo, como lo es por su naturaleza, lo debe ser en la estimacion del atormentado, y esto basta para inducirle á decir mentira, y por consiguiente basta tambien para ser prohibido, segun el espíritu de la ley.

19 Es evidente, y las mismas leyes, y los autores mas adictos [1] al tormento lo confiesan, que el miedo y el dolor pueden obligar á uno á imputarse un delito que no ha cometido: puede por consiguiente peligrar, y con efecto ha peligrado innumerables veces la inocencia en el tormento: y esto solo bastaba para abolirle, segun el espíritu de otras leyes, porque *mas santa cosa es* (dice una de ellas) *é mas derecha, de quitar al ome de la pena que mereciese por yerro que oviese fecho, que darla al que la non mereciese* [2]. Es verdad que en la prueba mas autorizada y legal, qual es la de testigos, puede peligrar alguna vez la inocencia, pues ya por malicia, ya por ignorancia, ya por otros motivos pueden deponer falsamente. Pero hay la notable

[1] *Ut experientia docet, saepe contingere solet, quod torti propter impatientiam doloris fateantur illa delicta, quae numquam commisserunt, nec comittere cogitarunt.* Farinac. *De Indic. quaest.* 37. *n.* 28.

[2] *L.* 9. *tit.* 31. *Part.* 7.

diferencia, que en la prueba de testigos puede suceder esto por accidente; pero en la del tormento debe suceder por su naturaleza misma.

20 La razon es clara. La sensibilidad de todo hombre tiene sus límites, y el dolor puede llegar á tal extremo, que ocupándola toda, no dexe otra libertad al atormentado, que para escoger el camino mas corto para libertarse del dolor, que es la confesion de lo que se quiere que confiese. Entónces el inocente se confesará reo, entónces esta confesion es causada por la naturaleza misma del dolor y de la constitucion del cuerpo humano, y es tan necesaria como es necesario que el fuego queme, si se aplica. Los innumerables exemplos que ofrecen todas las naciones y edades de inocentes, que se confesáron reos por los dolores del tormento, son otras tantas pruebas prácticas de esta verdad.

21 Hay tambien otra diferencia entre la prueba de testigos ú otra semejante, y la del tormento, y es,

que siendo absolutamente indispensable, que haya algun medio de probar los delitos para castigarlos, se deben conservar aquellos que están expuestos á ménos inconvenientes, por ser absolutamente necesarios para la conservacion de la sociedad, lo que no se verifica del tormento, como se verá despues. Lo mismo debe decirse de la prision, que es absolutamente necesaria, porque si no se asegurasen los delinqüentes, no se podrian averigaur ni castigar los delitos.

22 Hemos visto ya, que el tormento no es oportuno para descubrir el delito propio, y mucho ménos el ageno, porque un medio, que por su naturaleza obliga ó puede obligar á mentir contra sí mismo, mejor obligará á mentir contra otro, y por consiguiente tampoco es oportuno para descubrir los cómplices. Exâminemos los otros motivos por que suele darse.

23 Uno de ellos es la inconstancia y contradicciones, en que sue-

le caer el acusado en su declaracion. Pero ¿quien duda, que la ignorancia, el temor de la pena, la incertidumbre del juicio, la presencia misma del juez son causas bastantes para hacer caer en contradiccion al inocente igualmente que al reo? *No sabes tú el miedo que causa presentarse delante del juez* [1], dice el siervo de Plauto. Un hombre inocente y honrado, que ve en peligro su honor y su vida, y no sabe en que ha de parar, está tanto y mas expuesto á caer en contradicciones, que un facineroso, que pretende ocultar su delito. No es pues bastante motivo la contradiccion, para hacer sufrir á un hombre la gravísima pena del tormento.

24 Otro motivo de la tortura es la purgacion de la infamia. Un hombre infamado se cree, que no puede decir la verdad por la nota ó mancha que tiene por la infamia, y para quitarle esta mancha ó embarazo se le pone al tormento, á la manera

[1] *Nescis tu quam meticulosa res sit ire ad judicem.* Plaut. Mostell. *act. V. scen.* 1.

que los metales se ponen al fuego en el crisol para separar de ellos los cuerpos extraños y dexarlos puros. Pero á la verdad no es fácil comprehender, como una sensacion material, qual es el dolor, pueda borrar una relacion moral, que consiste en mera opinion, qual es la infamia. Ademas de que la tortura misma acarrea una infamia verdadera al que la padece, y así viene á ser el tormento un crisol, en que se purga la infamia con la misma infamia.

25 Tampoco se da crédito á la deposicion del siervo, si no es atormentado. La razon que da la ley es, *porque los siervos son como omes desesperados por la servidumbre en que están, é debe todo ome sospechar, que dirán de ligero mentira* [1]. Si la opresion de la servidumbre causa desesperacion en el siervo, y por esto no se le cree, ¿quanto mayor será la desesperacion que causen los agudos dolores del tormento, y quanto ménos crédito

[1] *L.*13. *tit.*16. *Part.*3.

por consiguiente se deberá dar á semejantes confesiones? Lo mas particular es, que no dándose crédito á la deposicion libre del siervo, tampoco se da á la que hizo en el tormento, si despues no se ratifica libremente fuera de él [1], y he aquí otra contradiccion.

26 Ultimamente se da el tormento para descubrir, si el reo ha cometido otros delitos que aquellos de que es acusado. Esto es lo mismo que decir, que porque ha cometido un delito, puede haber cometido otros, y porque es posible que los haya cometido, para salir de la duda se recurre á un medio tan incierto, como terrible y doloroso.

27 Pero las leyes y el uso constante de los tribunales eclesiásticos y seculares de muchas naciones han autorizado y autorizan el tormento. Es por consiguiente, dicen sus patronos, una temeridad el impugnarle, es tachar de injustas á las leyes y á

[1] *L.*6. *tit.*30. *Part.*7.

los legisladores, es faltarles temerariamente al debido respeto.

28 Por estas mismas razones era preciso defender los desafíos, y hacer una apología de las pruebas de agua y fuego usadas con el nombre de purgaciones vulgares en otros tiempos. Autorizados estuviéron los desafíos por las leyes de muchas naciones: autorizadas estuviéron las purgaciones vulgares, llamadas juicios de Dios, con ritos públicos, como son exôrcismos, oraciones, bendiciones, y lo que es mas, con una misa compuesta determinadamente para este fin con el nombre de *Missa judicii* [1], que se celebraba con toda

[1] Esta misa, y los exôrcismos y bendiciones del agua fria y caliente, del hierro ardiendo, y del pan de cebada y queso, que servian para las purgaciones vulgares, ó juicios de Dios, se pueden ver á la letra en las *Fórmulas solemnes* del Monge Marculfo publicadas por Lindembrogio en su *Código de leyes antiguas*, *pág.* 1299. Tambien trae Berganza en sus *Antigüedades eclesiásticas*, *lib.* 4. *cap.* 8. las bendiciones del hierro ardiendo y del agua fria.

solemnidad ántes de hacer las pruebas. Freqüentadas fuéron estas por espacio de algunos siglos por naciones enteras con aprobacion de hombres piadosos, de Cuerpos enteros, de Prelados [1] eclesiásticos, y aun de algun Concilio [2]. Sin embargo de todo esto la Iglesia condenó posteriormente estas pruebas, declarándolas por supersticiosas y propias solo

[1] Marculfo en las *Fórmulas* citadas, despues de haber referido los exôrcismos del agua fria, del hombre que habia de pasar por esta prueba, y el modo con que se executaba, dice: *Hoc judicium autem, petente* DOMNO HLVDOVICO *Imperatore, constituit Beatus Eugenius* (Eugenio II.), *praecipiens ut omnes Episcopi, Comites, Abbates, omnisque populus christianus, qui intra ejus imperium est, hoc judicio defendant innocentes, & examinent nocentes, ne perjurii super reliquias sanctorum perdant suas animas in malum consentientes.*

[2] El Concilio Triburiense referido por Graciano en el *canon* 15. *quaest.* 5. *caus.* 2. dice: *Si autem deprehensus fuerit in furto, aut perjurio, aut falso testimonio, ad juramentum non admittatur, sed sicut qui ingenuus non est*, ferventi aqua, aut candenti ferro se expurget.

para tentar á Dios, mas no para descubrir la verdad. Y esta sí que es una prueba verdadera, de que el argumento para aprobar, ó reprobar alguna cosa, tomado del uso de muchos, aunque sean Cuerpos y naciones enteras, y aunque esté autorizado por algunas leyes, no es siempre tan sólido, ni tan convincente como piensan algunos.

29 Las leyes humanas y los usos de los hombres están por su naturaleza expuestos al engaño y al error. Los legisladores, quando establecen las leyes, tienen que acomodarse á las circunstancias del tiempo, del lugar, de las personas y de las costumbres, y el imperio y fuerza de estas, quando están muy arraygadas, suele ser á veces tan grande, que no tienen arbitrio los legisladores para dexar de condescender con lo que prohibirian sin dificultad en otras circunstancias [1]. La poca ilustra-

[1] El Rey Rotharis, aunque conocia la injusticia é iniquidad de la prueba por el combate judicial, no se atrevió á prohibirla, y

cion de un siglo hace tambien que pasen por buenas y verdaderas ciertas opiniones generalmente recibidas, aunque en realidad no lo sean. Para que una ley no pueda llamarse con verdad injusta, basta que quando se estableció, se hubiese creido

se contentó con ponerle algunas modificaciones por miramiento á la inveterada costumbre de los Longobardos. *Ideoque* (dice) *statuere praevisimus, ut si amodo talis causa emerserit, ut ille qui mortem parentis sui per pugnam probare voluerit, quod eum per venenum occidisset, & observatis his quae in anteriori edicto affiximus, per evangelia affirmet, quod asto animo causam ipsam non requirat, nisi quod ei certa suspicio sit, postea potestatem habeat quaerere per pugnam sicut antiqua fuit consuetudo. Et si ei ferita evenerit, cui crimen ipsum mittitur, aut ad campionem ipsius quem conductum habuerit, non amittat omnem substantiam suam, sed componat secundum qualitatem personae, sicut antea fuerit lex componendi, quia incerti sumus de judicio Dei, & multos audivimus per pugnam sine justa causa suam causam perdere.* Sed propter consuetudinem gentis nostrae Longobardorum legem impiam vetare non possumus. Lex Longobardorum, *tit.* 9. §.23. apud Lindembrog. *pag.*530.

útil y conveniente, segun el tiempo y circunstancias en que se hizo. Pero si despues, ó por la mudanza de costumbres, ó por la mayor ilustracion, ó por otros motivos se conoce el error y los inconvenientes, el advertirlo y manifestarlo, no es combatir las leyes, como dice Don Pedro de Castro, para hacer odioso á su competidor, no es tacharlas de injustas, ni es faltar al debido respeto á los legisladores. Desear que las leyes sean mas perfectas, no es ultrajarlas.

30 Ademas de que la tortura no está tan autorizada por nuestras leyes, como vulgarmente se cree. Ni en el Fuero Viejo de Castilla, ni en el Fuero Real, ni en el Ordenamiento de Alcalá se hace mencion alguna del tormento, el qual se introduxo con las leyes de las Partidas, no siendo extraño, que en estas se hubiese adoptado, porque se tomáron del Derecho Romano, de las Decretales, y de las opiniones de los Doctores que corrian en el siglo

décimotercio , en que se formó dicha coleccion: la qual es constante, que no se promulgó con autoridad pública, y sus leyes no fuéron reputadas por tales, ni tuvierón fuerza, ni autoridad alguna, hasta que el Rey [1] D. Alonso XI. en las Cortes que celebró en Alcalá de Henáres en la era de 1386 (año 1348) mandó en una ley del Ordenamiento de Alcalá [2], que todas las causas ci-

[1] El P. Berganza en sus *Antigüedades eclesiásticas*, *tom.* 2. *lib.* 7. *cap.* 4. dice, que las leyes de las Partidas *se pusiéron en planta* en tiempo de D. Sancho IV. hijo de D. Alonso el Sabio, con lo qual parece quiere decir, que este Príncipe las promulgó, y mandó que se observasen como leyes; pero no produce documento alguno para probar su dicho, el qual se opone abiertamente al contexto de la ley del Ordenamiento de Alcalá, mas digna sin duda de crédito, que la asercion voluntaria de Berganza.

[2] *Ley* 1. *tit.* 28. „Magüer que en la nuestra Corte usan del Fuero de las leys, é algunas villas de nuestro Sennorío lo han por „Fuero, é otras cibdades é villas han otros „Fueros departidos, por los quales se pueden librar algunos pleytos; pero porque „muchas veces son las contiendas, é los

viles y criminales se determinasen por dicho Ordenamiento en primer lugar, despues por el Fuero Real, y por los demas Fueros particulares, y en los casos que no se pudiesen decidir, ni por el Ordenamiento, ni por los Fueros, se observa-

„pleytos, que entre los omes acaescen, é „se mueven de cada dia, que se non pueden librar por los Fueros: por ende, „queriendo poner remedio convenible á „esto, establescemos é mandamos, que los „dichos Fueros sean guardados en aquellas cosas que se usáron; salvo en aquellas, que Nos falláremos que se deben mejorar é enmendar, é en las que son contra „Dios, é contra razon, é contra leys, que en „este nuestro libro se contienen, por las quales leys en este nuestro libro mandamos, que „se libren primeramente todos los pleytos „ceviles é creminales: *é los pleytos é contiendas, que se non pudieren librar por las „leys deste nuestro libro, é por los dichos „Fueros, mandamos que se libren por las „leys contenidas en los libros de las siete „Partidas, que el Rey D. Alfonso nuestro „bisabuelo mandó ordenar, como quier que „fasta aquí non se falla, que sean publicadas por mandado del Rey, nin fuéron „avidas por leys.*"

se lo determinado por las leyes de las Partidas. Estas fuéron publicadas tambien despues por D. Henrique II. en las Cortes de Toro de 1369; pero revalidando la ley citada del Ordenamiento de Alcalá, el qual se volvió á renovar por una pragmática de D. Juan el II. de 8 de Febrero de 1427. No sé, que posteriormente haya habido ley alguna que revoque estas disposiciones; por el contrario es constante, que la citada ley del Ordenamiento de Alcalá se repitió á la letra en la Nueva Recopilacion, y es la *ley* 3. *tit*.1. *lib*.2.

31 La expresada ley del Ordenamiento de Alcalá no permite dudar, que las de Partida no tuviéron autoridad pública y legítima hasta que se la dió el Rey D. Alonso el Onceno. Pero ántes de su reynado se habian empezado á introducir ya privadamente por el uso, á la manera que suele usarse en los tribunales de las leyes extrañas y de las opiniones de los autores en las decisiones de las causas. Infiérese esto clara-

mente de las leyes 42, y 144 del Estilo, en las quales se dice, que los casos de que en ellas se trata, se deben decidir por las leyes de las Partidas.

32 A algunos parecerá tal vez una contradiccion decir, que las leyes del Estilo mandan la observancia de las de las Partidas, y asegurar al mismo tiempo, que estas se introduxéron privadamente y sin autoridad legítima. Pero no hallarán ninguna contradiccion los que saben, que la coleccion de las leyes del Estilo es obra de un hombre privado, y no de algun legislador, como equivocadamente creyó, y pretendió persuadir D. Christóbal de Paz [1] en sus Comentarios á dichas leyes, haciendo autores de ellas al Rey D. Alonso el Sabio, á su hijo D. Sancho, á D. Fernando IV, y á la Reyna Doña María su madre, fundado en las leyes 4, y 198 del mismo Estilo, que bien entendidas, como otras varias de

[1] *Schol. ad leg. Styl. Rubr. núm.* 72.

la propia coleccion, ántes prueban lo contrario.

33 Es cierto, que esta coleccion se hizo en tiempo de la Reyna Doña María, como se infiere bastantemente de la ley 39; pero fué hecha por algun Letrado práctico, que recogió los estilos y observancias de su tiempo y de los anteriores, mezclándolas con leyes propias y extrañas y con doctrinas de autores privados. Se puede decir que era una obra en su orígen semejante en cierto modo y por su término á la Práctica que hoy tenemos de Paz, y la Curia Filípica de Boláños. Para convencerse de esto no es menester mas que leer la misma coleccion. En ella se alegan indistintamente los estilos y observancias, las leyes de las Partidas, las del Fuero Juzgo, las Romanas, las Decretales, las opiniones de varios autores privados, como son la Glosa, Hugucio, Zamora, y la obra de Durando intitulada *Speculum juris*.

34 Entre otras varias leyes que

se podian citar en comprobacion de esto, la 60 dice: *E si no es sabido por verdad aquel que lo mató, ó que le firió, estonce el amenazador será metido á tormento.... Mas segun dice en el* Speculum juris, *el amenazador, si suele facer tales fechos, ó no pueden saber que lo fizo, estonce será tenido al fecho.* La ley 192 dice: *otrosí, como quier que el que tiene la cosa, no ha de decir el título de su posesion, sino en demanda.... segun dice la ley* Cogi, de Petitione hereditatis, Cod..... *y desta manera es notado en la Decretal* Si diligenti: *y esto así lo entendio Maestre Fernando de Zamora.* ¿Quien podrá dexar de conocer, que este lenguage y estilo es tan propio de un Compilador, como ageno y nada correspondiente á un Príncipe que establece y dicta leyes á sus pueblos? No debe pues deducirse argumento ninguno á favor de la legitimidad de la tortura, de que se haga mencion de ella, como efectivamente se hace en varias leyes del Estilo.

35 De todo lo dicho resulta, que

el tormento no se estableció en España, ni á peticion de las Cortes, ni por pragmática sancion, ni en otra forma solemne y jurídica; sino solo indirectamente por la introduccion de las leyes de Partida, apoyada despues con la aprobacion que el Rey D. Alonso XI. les dió en general. Pero habiéndose restringido esta aprobacion á aquellos casos que no se pudiesen decidir por el Ordenamiento y por los Fueros, y siendo cierto por otra parte, que ántes de esta aprobacion habia leyes, que determinaban el modo de hacer las probanzas, y se decidian las causas criminales sin el uso del tormento, es claro que las leyes de las Partidas que le establecen, no pudiéron, ni debiéron comprehenderse en la aprobacion del Rey D. Alonso, que es la que dió fuerza de ley á las de esta coleccion para ciertos casos.

36 Sin embargo, á la sombra de esta aprobacion cobráron autoridad indistintamente todas las leyes de las Partidas, á lo que contribuirian sin

duda las opiniones de los autores que siempre han tenido mucha fuerza en los tribunales , y tambien el órden, claridad , método y buen estilo en que están escritas dichas leyes. Con ellas, por estar en lengua vulgar, se hiciéron familiares al mismo tiempo las máxîmas del Derecho Romano, y se facilitó su adopcion en España: de todo lo qual fué una conseqüencia introducirse en los juicios el uso de la tortura , y la práctica de darla en los tribunales. Al legislador pertenece decidir, si esta introduccion fué legal ó no, y en caso de serlo, si atendida la naturaleza y efectos del tormento, es conveniente confirmar su práctica ó abolirla.

37 Pero á pesar de todos los inconvenientes de la tortura , prosiguen sus defensores, ella es *el freno de las atrocidades*, es un dique poderoso, que si se rompe, se inundará de males la república: y así es un medio absolutamente necesario para averiguar los delitos , para conte-

nerlos y para castigarlos. Los que discurren de esta suerte, es menester que vean como han de salvar de una injusticia é iniquidad notoria las leyes que exîmen del tormento en los delitos comunes á los nobles [1] y otras clases de personas.

38 ¿Por ventura los privilegios de la nobleza, por grandes que sean, han de ser tanto, que para conservarlos se ha de conceder la impunidad de los delitos á una clase tan considerable y tan numerosa del Estado? ¿No tiene la sociedad igual derecho á ser libertada de los perjuicios del noble, que de los del plebeyo? Y si los delitos de los nobles pueden averiguarse y castigarse sin el tormento, ¿por que no podrán averiguarse tambien los de los demas hombres? Los Romanos mismos, de quienes se tomó la tortura, solo la usaban en sus buenos tiempos en los esclavos, á quienes tenian quitado todo derecho de personalidad, repu-

[1] *L. 24. tit. 21. Part. 2. l. 61. tit. 4. l. 13. tit. 7. lib. 2. Recop. y otras.*

tándolos como muebles ó como bestias; pero nunca en los ciudadanos Romanos [1]. Luego el tormento no es un medio necesario para averiguar y castigar los delitos, como pretenden sus defensores.

39 *¿Que necesidad es esta tan intolerable*, dice el docto y piadoso Luis Víves [2], *de una cosa que no es útil, y que se puede quitar sin daño de la república? ¿Como viven sino tantas gentes, aunque tenidas por bárbaras de los Griegos y Latinos, las quales miran como una cosa fiera é inhumana atormentar ú un hombre que no está*

[1] A imitacion de esto en España los nobles no pueden ser atormentados: y aunque esta regla tiene su excepcion en ciertos casos, que se llaman privilegiados, en los quales pueden ser puestos á qüestion de tormento, esto se tomó tambien del Derecho Romano, por el qual en tiempo de los Emperadores las personas ilustres y otros constituidos en dignidad, no podian ser atormentados sino en los delitos de lesa Magestad y otròs exceptuados, como se puede ver en el Código de Justiniano y en el Teodosiano en el título de *Quaestionibus*.

[2] *Schol. in cap.* 6. *lib.* 19. *de Civit. Dei.*

convencido de un delito? ¿Como viven puedo yo decir ahora con mas razon que Víves, tantas gentes y naciones, no ya bárbaras, sino cultas y muy ilustradas sin el tan decantado remedio de la tortura?

40 Nunca fué admitida en Inglaterra. Ha sido abolida en el Imperio de Rusia, en Suecia, en Prusia, en Ginebra. Finalmente Luis XVI. Rey Christianísimo de Francia, convencido por las reflexîones y experiencia de sus Magistrados, de que en la tortura hay mas rigor que proporcion para descubrir la verdad, la abolió en sus Estados por una declaracion de 24 de Agosto de 1780, registrada en el Parlamento en 5 de Setiembre del propio año. Aun ántes de esta declaracion no se usaba el tormento en Francia entre los soldados. *Nuestras leyes militares*, dice Mr. Letrosne [1], *no han admitido el tormento. Es cosa singular, que unas leyes hechas para hombres acostum-*

[1] *Vues sur la justice criminelle*, *pag.* 81. *nota* (*a*).

brados al rigor y austeridad de la disciplina militar sean ménos duras, que las que se han hecho para los ciudadanos, y cuya execucion está confiada á los Magistrados. Pero la causa de esta singularidad consiste acaso, en que las leyes militares son mas nuevas: y esta es tambien sin duda la razon, por que la qüestion preparatoria está absolutamente prohibida por las leyes que el Rey ha dado á Córcega. En España mismo se usa ya muy pocas veces en los tribunales: y no estamos ya, gracias á Dios, en tiempo de que se aprecie tan poco la vida del hombre, que aunque muera del tormento, ó se le destroce un brazo ú otro miembro del cuerpo, no se haga aprecio de ello, como refiere Bovadilla [1] haber sucedido en su tiempo en la Sala de Corte, alegando estos casos prácticos en comprobacion de la opinion comun, pero inhumana y cruel, de que, *dándose el tormento jurídicamente, aunque el reo muera, ó salga*

[1] *Polit. tom.2. lib.5. cap.25.*

lisiado de él , no puede ni debe el juez ser calumniado por ello.

41 Para confirmar esta bárbara doctrina , cita Bovadilla la *ley* 16. *tit.* 9. *Part.* 7 , que no dice tal cosa. Esta ley , que está en el título de las Deshonras , en el qual se trata de la pena en que incurre el que injuria ó deshonra á otro , y la accion que contra él corresponde al deshonrado , dice , que si un juez con causa legítima aprobada por el Derecho pusiere á alguno en el tormento , no le injuria ni deshonra , y por consiguiente no corresponde al atormentado accion ninguna por esta razon contra el juez. Las palabras de la ley citadas por el mismo Bovadilla son las siguientes : *Otrosí decimos , que si el judgador metiese algund ome á tormento por razon de algund yerro que oviese fecho , para saber la verdad, ó por otra razon qualquier que lo pudiese facer con derecho , que por las feridas que le diese en tal manera como esta , non se puede por ende llamar deshonrado , nin debe ser fecha emienda dello.*

42 No sé como pueda probarse con esta ley la opinion referida: y aun quando en las palabras hubiese alguna ambigüedad, que pudiera dar motivo á la interpretacion, la excluye absolutamente otra ley de la misma Partida [1], que expresamente dice, que quando algunos fueren atormentados, *las feridas sean atales, que non mueran por ende, nin queden lisiados* [2].

43 Por aquí se puede ver con quanta facilidad se fundan opiniones comunes, aunque sean perniciosas y contrarias á las mismas leyes, torciendo violentamente sus palabras, ó sacando de ellas ilaciones falsas y voluntarias. Tambien se ve otro grave daño, que debe resultar de la tortura, particularmente si se usa con

[1] *L.* 5. *tit.* 30. *Part.* 7.

[2] *En la ley* 2. *tit.* 1. *lib.* 6. *Fuer. Juzg.* se manda, que si un juez condenare á alguno á tormento, y por indiscrecion ó imprudencia suya se le diere de modo que muera, pague trescientos sueldos á los parientes del muerto: y si no tuviere con que pagarlos, se haga esclavo de ellos.

freqüencia, que es endurecer los ánimos de los jueces, y hacerlos crueles y sanguinarios, traspasando las mismas leyes.

44 Diga ahora D. Pedro de Castro: *Gracias á Dios, que ni los discursos del Padre Spé, ni las Paradoxas del Reverendísimo Feijoó, ni la disertacion del Dr. Acevedo han podido romper* el freno de las atrocidades: *la ley, digo, de la tortura en esta Monarquía, que no tiene que envidiar á ninguna otra, ni ciencia, ni piedad, ni amor á su Soberano, todo lo qual falta adonde se ama la falsa libertad.* Yo le diré, que es verdad, que esta Monarquía no tiene que envidiar á ninguna otra, ni ciencia, ni piedad, ni amor á su Soberano; pero que por lo mismo debemos creer, que no faltarán en ella Magistrados sabios y piadosos, que hagan ver á nuestro Soberano la crueldad juntamente con la inutilidad del tormento. Yo le diré, que por lo mismo debemos esperar, que el piadoso y benéfico Cárlos III. convencido por

las reflexîones y experiencia de sus Magistrados, á imitacion del Monarca Frances, abolirá tambien en su Monarquía el tormento, y querrá señalar su dichoso Reynado con este nuevo acto de humanidad. Yo le diré, que es cierto, que en donde se ama la falsa libertad, no hay verdadera ciencia, no hay piedad, no hay amor al Soberano; pero que sería una muy grande temeridad el decir, que en las naciones expresadas, porque se ha abolido el tormento, se ama la falsa libertad, y no hay por consiguiente en ellas, ni ciencia, ni piedad, ni amor á los Soberanos.

45 Diga D. Pedro de Castro, *que argüir, que se puede vivir sin el uso del tormento, porque sin él han vivido y viven muchas gentes, es un argumento indigno de la sabiduría de Luis Vives, y que en esta ocasion habló con los Bárbaros.* Yo le diré que mas barbaridad..... Pero se fastidia ya el ánimo de tratar un asunto tan triste y desagradable, y para concluirle, y

dar fin á este Discurso, quiero oponer á las máxîmas de un Sacerdote severo, el humano y enérgico razonamiento de un sabio y eloqüente Magistrado de la Francia.

46 *Un espectáculo horrendo* (dice Mr. Servant [1] Fiscal del Parlamento de Grenoble) *se presenta de repente á mi vista. Cansado ya el juez de preguntar con palabras, quiere preguntar con suplicios. Impaciente en sus averiguaciones, é irritado acaso con su inutilidad, hace traer cordeles, cadenas, palancas y todos los fatales instrumentos inventados para excitar el dolor. Un verdugo infame viene á mezclarse en las augustas funciones de la Magistratura, y acaba por la violencia un interrogatorio que comenzó por la libertad. Dulce Filosofía, tú, que solo buscas la verdad con la atencion y con la paciencia, ¿creerias que en tu siglo se empleasen tales instrumentos para descubrirla? ¿Es cierto, que nuestras leyes aprueban este método in-*

[1] *Discours sur l' administration de le justice criminelle, pag.*63.

creible, y que el uso le ha consagrado? Y despues de esto ¿podrémos echar en cara á los Antiguos sus circos y sus gladiatores? ¿Nos atreverémos á reprehender á nuestros padres sus pruebas de agua y fuego? Ay! Antes que entregar la miserable víctima del acusado en las manos del verdugo, hagámosle combatir en la arena: á lo ménos tendrá la libertad de defenderse. Arrojémosle ántes en medio de las voraces llamas: tendrá á lo ménos la esperanza de libertarse de ellas con la huida, ó por otra casualidad. ¡Que crueles y que insensatos que somos! ¿Queremos oir por ventura los gemidos de los infelices? Ah! Puédese sin duda ordenar el tormento. Pero si es la verdad la que buscamos ¿creemos acaso encontrarla en medio de la turbacion y del dolor? ¿Quien hay de vosotros, que no haya experimentado el dolor? ¿Que hombre ignora la terrible impresion que hace sobre un ser, á quien la sensibilidad ha hecho tan débil? El hombre que padece, ya no se parece á sí mismo: llora como un

niño, se agita como un furioso, llama á su socorro toda la naturaleza entera: su débil inteligencia participa bien presto de la conmocion de sus sentidos, y se aumenta tambien por la imaginacion: sus ideas no están ménos alteradas que su semblante: todas sus facultades, ya activas, ya abatidas se agitan y se rinden succesivamente: y en esta convulsion general de su ser nada hay constante, sino el violento deseo de hacer cesar el dolor. Juntad todas las iniquidades mas enormes, amontonad todos los delitos mas atroces, y perseguid á un hombre con el dolor: él se cubrirá bien presto con la infamia de todos, si cree hallar un asilo en su confesion. El mayor delito para nuestra naturaleza es el padecer, y la muerte misma no seria tan terrible, si no la precediera el dolor.

47 *Sé muy bien todo lo que se debe á las costumbres antiguas: yo ahogaria aquí todos los clamores de mi corazon, desconfiaria sobre todo de la incertidumbre de mi juicio, si no viera, que los mejores Gobiernos, que los pue-*

blos mas sabios proscriben sin rezelo la tortura, y la insultan entre nosotros como en su último asilo. Nuestros mas grandes hombres, nuestros mayores ingenios la han denunciado al tribunal de la razon, combatiéndola y afeándola anticipadamente en sus escritos. Yo creo honrarme mucho en mezclar mi voz con las suyas, y en dar públicamente un testimonio favorable al Género Humano: y si la superstición del uso me suscitare algun censor, la humanidad, que me aplaude interiormente, me consolará entre las murmuraciones de la preocupacion.

F I N.





